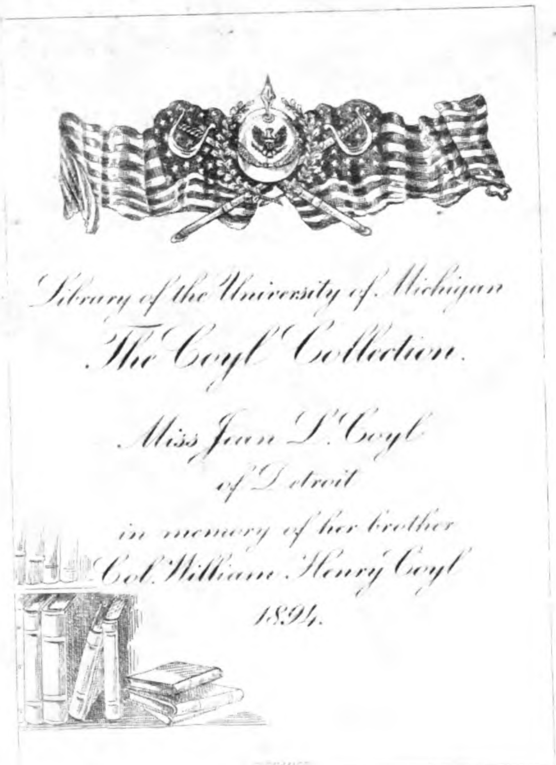



Library of the University of Michigan
The Coyl Collection.
Miss Jean L. Coyl
of Detroit
in memory of her brother
Col. William Henry Coyl
1894.



ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

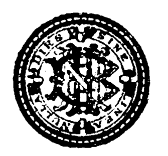
L. MITTEIS, O. GRADENWITZ, E. SECKEL,
E. HEYMANN, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

ZWEIUNDVIERZIGSTER BAND

LV. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG.

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1921.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Gleichzeitig eine Festgabe

deutscher Romanisten

OTTO LENEL

zum 50 jährigen Doktorjubiläum

(16. Dezember 1921)

dargebracht

von den Herausgebern und Mitarbeitern

dieses Bandes.

Hochgeehrter Herr Kollege!

Die fünfzigjährige Wiederkehr des Tages, an welchem Sie bei der juristischen Fakultät in Heidelberg die Würde eines Doctor juris utriusque erlangten, bedeutet für die Geschichte unserer Wissenschaft einen wichtigen Gedenktag, beginnt doch mit Ihrem damals erfolgten Eintritt in die Reihen der romanistischen Forscher jener ungewöhnlich rasche und glänzende Aufstieg, der Sie in einer kurzen Zeitspanne zu den höchsten Aufgaben unserer Wissenschaft hinanführte. Sie haben diese in Ihren beiden Meisterwerken, dem restituierten „Edictum perpetuum“ und der „Palingenesia juris civilis“ in unübertrefflicher Weise gelöst und damit die festen Grundlagen gelegt, auf welchen jede zukünftige Forschung auf dem Gebiete der römischen Rechtsgeschichte weiterbauen muß. Vermöge dieser Leistungen sind Sie denn auch schon seit langen Jahren im In- und Ausland als unbestrittener Führer der romanistischen Forschung anerkannt, und wir freuen uns, Sie als solchen an Ihrem Jubeltage in voller Frische und ungebrochener Arbeitskraft begrüßen zu können.

Zum Ausdruck dessen haben die Herausgeber und Mitarbeiter dieses Bandes sich geeinigt, Ihnen denselben als Festgabe deutscher Romanisten zu Ihrem goldenen Doktorjubiläum zu überreichen. Die Gabe ist ja nur eine bescheidene, schon deshalb, weil sie sich auf den

Kreis Ihrer Landsleute beschränkt, die Sie freilich mit besonderem Stolz als den ihrigen bezeichnen dürfen; aber eine Ihrem internationalen Ansehen entsprechende Festschrift konnte unter den bekannten Schwierigkeiten der Gegenwart schon wegen des Umfanges nicht hergestellt werden, den sie voraussichtlich angenommen haben würde. Aber auch so konnte die Festschrift nicht eine solche aller deutschen Romanisten werden; wir mußten uns auf die im gewöhnlichen Geschäftsgang eingehenden Beiträge und darauf beschränken, den Band noch durch die Mitwirkung einiger Ihnen persönlich nahestehender Fachgenossen, welche wir hierzu besonders einluden, zu zieren. Leider konnten nicht alle in Aussicht gestellten Beiträge rechtzeitig eingeliefert werden; daß unter diesen fehlenden auch der Beitrag des durch Amtsgeschäfte überbürdet gewesenen Redaktors dieses Bandes sich befindet, gereicht diesem zu besonderem Bedauern. Hoffentlich kann das Fehlende im nächstjährigen Bande nachgetragen werden.

Die Herausgeber und Mitarbeiter
des 42. Bandes der Savigny-Zeitschrift
Romanistische Abteilung.

Inhalt des XLII. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Alphabetisches Verzeichnis der Mitarbeiter an diesem Bande:

I.

Geschichte des Gandinustextes.

Von

Herrn Dr. **Hermann Kantorowicz**
Professor der Rechte in Freiburg i. Br.

Einleitung.

1. Der Richter Albertus de Gandino, geboren um 1250 zu Crema in der Lombardei, schrieb um das Jahr 1300 einen Tractatus de maleficiis, der einen Markstein bedeutet in der Geschichte des Rechts und der Rechtslehre. Auf seine Voraussetzungen hin angesehen, erscheint er als die älteste systematische Darstellung des Strafverfahrens und des Strafrechts, zugleich als das erste Werk aus der Feder eines italienischen Praktikers; auf Irrtümern alter und neuer Schriftsteller beruht alles, was über angebliche Vorgänger angeführt wird. Auf seine Wirkungen hin betrachtet, ist er für uns besonders dadurch bemerkenswert, daß er auf seinem Gebiete die Rezeption des römisch-germanisch-italienisch-kanonischen, kurz: des romanischen Rechts in Deutschland mächtig beeinflußt hat; auf dem Traktat ruhen weithin — unmittelbar oder mittelbar — der Klagspiegel, die Wormser Reformation, die Bambergische Halsgerichtsordnung und damit die Grundlage des gemeinen deutschen Strafrechts, die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.[1])

Dieser geschichtlichen Bedeutung des Werks entspricht eine ansehnliche Überlieferung: außer durch zahlreiche Anführungen in anderen Werken kennen wir es unmittelbar aus mindestens 13 Abschriften des 14. und 15. Jahrhun-

[1]) Vgl. vorläufig E. Brunnenmeister, Die Quellen der Bambergensis (1879) 106, 149f., 212, 290.

derts und mindestens 100 Abdrucken, die sich auf 25 Ausgaben des 15. und 16. Jahrhunderts verteilen. Aber keiner dieser Textzeugen bietet den echten Wortlaut, viele weichen weit voneinander ab, manche sind stark überarbeitet. So ist eine wissenschaftliche Ausgabe ein Bedürfnis.

Als ich im Jahre 1907 den ersten Band meines Werkes „Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik" veröffentlichte, in dem ich die richterliche Tätigkeit des Mannes und überhaupt das Strafrecht seiner Zeit aus den Akten dargestellt hatte, glaubte ich, im Vorwort sagen zu dürfen, daß diesem ersten Bande „binnen kurzer Frist" ein zweiter folgen würde; dieser sollte u. a. die Ausgabe des Traktats enthalten. In der Tat lagen damals schon Text und Apparat der Ausgabe fertig vor, und nur noch allerlei Beiwerk fehlte. Die vielen kleinen und die mancherlei sehr großen Ereignisse, die mich bisher an der Erfüllung meines Versprechens gehindert haben, gehören nicht hierher. Heute, da ich die Arbeit wieder aufgenommen habe und nicht zum zweiten Male abzubrechen gedenke, tröstet mich die Überzeugung, daß sie durch die lange Unterbrechung nur gewonnen hat. Namentlich bin ich inzwischen zu gereifteren Auffassungen über die Grundsätze der Textkritik gelangt, die ich soeben in Buchform entwickelt habe.[1])

Den textgeschichtlichen Teil der Einleitung in die Ausgabe, und damit die Grundlage für die Textkritik, lege ich hiermit gesondert vor. Zunächst sollen die Textzeugen aufgerufen werden, die handschriftlich überlieferten zuerst (§ 3—6), dann (§ 7—10) die gedruckten. Sodann werden ihre Beziehungen untersucht und dabei die sieben Textstufen freigelegt werden, die der Text im Laufe der Jahrhunderte durchschritten hat, erst (§ 12—15) die drei echten, dann (§ 16—19) die vier unechten; die Hilfsmittel dieser Untersuchung sollen vorweg angegeben (§ 11), ihre Ergebnisse am Schluß anschaulich dargestellt werden (§ 20—21).

[1]) Einführung in die Textkritik, systematische Darstellung der textkritischen Grundsätze für Philologen und Juristen, 1921 bei Dieterichs in Leipzig. Dort habe ich auch die hier angewandte Fachsprache und Begriffsbildung begründet und die hier (§ 11, 21) abgedruckten Texte und Stammtafeln veröffentlicht.



Es ist das erstemal, daß eine der Juristenschriften — die schon so häufig mustergültigen quellengeschichtlichen Forschungen zum Gegenstand gedient haben — textgeschichtlich untersucht wird; auch eignete sich der verwickelte Stoff gut zur Erprobung wichtiger philologischer Arbeitsweisen. So darf ich für diese sehr besondere Aufgabe doch vielleicht eine etwas weitere Anteilnahme erhoffen.

2. Der Tractatus de maleficiis des Gandinus wurde einfach als „Traktat" angeführt, und zwar nach dem für die Ausgabe im zweiten Bande meines genannten Werkes vorbereiteten Texte; wo die neuen Paragraphenzahlen von denen der (jüngsten) Drucke abweichen, wurde die alte Zahl in [ ] beigefügt. Der erste Band wurde einfach als „Bd. 1" angezogen. Von allgemeinen literaturgeschichtlichen Werken wurden nur mit Verfassernamen angeführt: Th. Diplovatatius, De claris iuris consultis, her. und eingel. von H. Kantorowicz-F. Schulz (1919); F. C. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Aufl., 3 (1834), 4, 5, 6 (1850); J. F. v. Schulte, Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart, 1 (1875), 2 (1877), 3 (1880); von bibliographischen Werken Hain, Annales typographici (1793ff.), Panzer, Repertorium bibliographicum (1826ff.), Copinger, Supplement to Hain (1895—98); aus dem Schrifttum über Gandinus noch L. A. Gandini, Alberto da Gandino (Modena 1885), und A. Solmi, Alberto da Gandino e il diritto statutario nella giurisprudenza del sec. XIII., in Rivista italiana per le scienze giuridiche 32 (1901) 128—202. Von Solmi stammt auch die Ausgabe der ersten Textstufe der Questiones Statutorum des Gandinus in der Bibliotheca iuridica medii aevi 3 (Bol. 1901); dieses zweite Werk des Gandinus wurde hier teils nach dieser Ausgabe, teils nach den Hss. der von mir zur Ausgabe vorbereiteten zweiten Textstufe benutzt.

Erster Teil: **Die Textzeugen.**

I. Die Handschriften.

3. Die Handschriften werden hier aufgeführt in der Reihenfolge der Siglen, die sie in der Ausgabe führen. Die gebrauchten Fachausdrücke sind die üblichen, nur haben wir uns veranlaßt gesehen[1]), bei den Überschriften der Abschnitte gegebenenfalls zwischen der vom Schreiber herrührenden „Vorschrift" und der danach vom Rubrikator ausgeführten „Rotschrift" zu unterscheiden. Bei ungezählten

[1]) Vgl. die § 1 Anm. 1 gen. Schrift S. 24.

Blättern wurde die Blattzahl in [ ] gesetzt. [A] und [B] hinter Blattzahlen bezeichnen Vorder- und Rückseite leerer oder einspaltig beschriebener Blätter, [a] und [b], [c] und [d] die Spalten der Vorder- und die der Rückseite zweispaltig beschriebener Blätter.

4. A

Florenz Biblioteca Nazionale XXIX 181 (früher Strozzianus 97), Pergament, erste Hälfte des 14. Jh., 63 Bl. in Folio, zweispaltig beschrieben. Die Überschriften der Abschnitte sind in Vorschrift und Rotschrift vorhanden, ebenso zahlreiche Überschriften zu Paragraphen. Vier Hände, die auf Bl. 1, 17, 23, 29 beginnen. Dazu zahlreiche Besserungen von anderer, gleichzeitiger Hand (A^{corr}), und zahlreiche Randbemerkungen — Verweise, Schwesterstellen, Zusätze — von weiteren gleichzeitigen und späteren Händen. Alte Blattzählung.

Neuer Halblederband, außen 'Gandino super causis criminalibus' und 'Manoscritti XXIX 181'. Auf der vorderen Innenseite wiederum 'Manoscritti XXIX 181' und 'Ex Bibliotheca Strozziana'.

Bl. [1]—[3] Schutzblätter des jetzigen Einbands, leer.

Bl. [4] Schutzblatt eines früheren Einbands. Vorn unten 'XXIX de Gandino'.

Bl. [5] Weiteres Schutzblatt. Vermerke von der Hand des früheren Besitzers Carlo Strozzi 'No. 97. Domini Alberti de Gandino de Crema super causis criminalibus in cartapecora.' Darüber von späterer Hand 'D. 181'. — Diese fünf Schutzblätter sind aus Papier.

1. Bl. 1^a—54^d enthalten den Traktat in der dritten Textstufe. Bl. 22^B ist leer. Auf Bl. 1^b von der Hand Strozzis 'N° 97', auf 1^{ab} unten von etwas späterer Hand 'Del Senatore Carlo di Tommaso Strozzi 1670', darüber eine kurze Quaestio von einer Hand des 14. Jh. Überschrift: 'In nomine domini nostri iesu ('yesu' die Rotschrift) christi amen. Incipit libellus compositus per dominum albertum de gandino de crema super malleficiis et causis criminalibus et ('et' fehlt in der Rotschrift) statutis loquentibus de maleficiis et questionibus dependentibus a statutis et postea per eundem ('eudem' die Rotschrift) assidentem in ciuitate senarum reformatis (!) supletis (!) et correctis' (!). Anfang:

'CVm assiderem perusii ego albertus de gandino de crema composui illum perusii (! 'alias paruum' A^{corr}) libellum.' Schluß: 'alie etiam questiones fuerunt senis ut supra dixi et posui etcet.' Unterschrift: 'Opere finito reddatur gratia christo. Amen. Amen. Amen.' Nun in rot: 'Finito libro referamus gratiam christo. Amen Amen Amen.'

2. Bl. 54^d—56^c enthalten eine erbrechtliche Quaestio eines der beiden Malumbra, die der Schreiber, wie die wohl noch zu Nr. 1 gehörige Unterschrift beweist, für einen Teil von Nr. 1 gehalten hat. Anfang: 'QVestio talis est. Habent (ergänze: -ur) consuetudo et statuta ciuitatum ferre tocius ytalie.' Schluß: 'saluo semper iudicio cuiuslibet melius sientis (!). Naz. (?) Malumbra.' Unterschrift: 'Gratia domini yesu christi finem impono ordinacioni presentis libelli.' Zu untersuchen wäre noch, ob es sich um eine Arbeit des Vaters Nicolaus, gest. spätestens 1285, oder des Sohnes Riccardus, gest. 1334, handelt. Als Werk des letzteren findet sich die Quaestio sehr ausführlich wiedergegeben in Drucken des Albericus de Rosatis, Opus statutorum II 104, und danach bei Besta, Riccardo Malumbra (Ven. 1894) 128 ff.

3. Bl. 56^{cd}, verschiedene Kleinschriften juristischen und chronologischen Inhalts sowie Verssprüche von verschiedenen Händen des 15. Jh. Der letzte lautet: Pisces piscator vult lites Iuris amator.
Vulnus amat medicus presbiter Interitus.

Bl. [62]—[63], Schutzblätter des jetzigen Einbands, Papier, leer.

Die ältere Geschichte der Hs. ist unbekannt, ihre Heimat ist Italien. Im hschr. Verzeichnis der alten Strozzischen Bücherei (jetzt Florenz Bibl. Naz. X 160) steht die Hs., aber nur zu Nr. 1, verzeichnet unter Nr. 97 als 'Domini Alberti de Gandino de Crema super causis criminalibus'. Nach dem oben mitgeteilten Vermerk scheint sie von Carlo Strozzi, dem 1670 verstorbenen bekannten Sammler, erworben worden zu sein; die Jahreszahl 1670 deutet auf ein Nachlaßverzeichnis. Am 7. Juli 1786 wurde die Strozzische Bücherei aus dem Nachlaß Alessandro Strozzis durch den Großherzog von Toscana angekauft (vgl. im allgemeinen Guasti, Le carte Strozziane, 1 [Flor. 1884], Einleitung) und vereinigt mit der Magliabechianischen, die jetzt bekanntlich einen Grundstock oder Biblioteca Nazionale bildet. In deren hschrl. Verzeichnis ist unsere Hs., wiederum nur zu Nr. 1, unter Klasse XXIX Nr. 181 verzeichnet als 'de Gandino, Domini Alberti de Crema, Super causis criminalibus'. Hieraus hat Blume, ohne die Hs. gesehen zu haben, den gleichen Vermerk veröffentlicht in seiner Bibliotheca Librorum Manuscriptorum Italica (1834) 48. Doch ist dieser Vermerk und überhaupt die Hs. ganz unbeachtet geblieben. Ich benutzte sie 1904 und 1905 am Orte, eine Zeitlang auch in der Biblioteca Marucelliana in Florenz. Eine vollständige Aufnahme in Weiß-Schwarz ist in meinem Besitz; hiernach fertigte ich die Abschrift, die die Textgrundlage meiner Ausgabe bildet.

B

Florenz Biblioteca Laurenziana Biscionianus 4 (früher Magliabechianus XXIX 126, noch früher Biscionianus 98), Pergament, zweite Hälfte des 14. Jh., 119 Bl. in Folio, einspaltig beschrieben. Die Überschriften der Abschnitte sind nur teilweise vorhanden. Eine Hand. Drei Blattzählungen a) für jedes Stück besonders, in römischen Ziffern, gleichaltrig; b) durch die ganze Hs., aber erst bei Bl. 72 einsetzend, in schwarzen arabischen Ziffern, 18. Jh.; c) durch die ganze Hs., in roten arabischen Ziffern, von 1904, hier befolgt.

Alter Holzband mit Lederrücken, außen Standortnummern, ebenso innen, daselbst ferner: 'Francisci Caesaris Augusti Munificentia Ex Bibliotheca Biscioniana N. 4', sowie ganz neuerdings ein eingeklebter Zettel mit zutreffenden Angaben über den Inhalt der Hs.

Bl. [1]—[2], Schutzblätter, zu Beginn: 'B. 98. D. 126 Cod. Laur. Biscion. 4. XXIX Bonif. de Antellinis (!) de mantua Summa de maleficiis Alberti de Perusio (!) Tract. de Maleficiis', alles von einer Hand des 18. Jh., sonst leer.

1. Bl. 1 A—67 B enthalten den tractatus de maleficiis des Bonifacius de Vitalinis, nachzutragen bei Schulte 2, 255 [1].

2. Bl. 68 A—72 A, Kleinschriften: Kalendarium, zwei Tafeln, die Einteilung der Wissenschaften darstellend, Erd- und Tierkreis, die letzten Seiten leer.

3. Bl. 72 B enthält das Verzeichnis der Abschnitte des Gandinus, es folgt auf Bl. 73 A—113 B das Werk selber in der zweiten Textstufe. Überschrift fehlt. Anfang: 'CVm adsiderem perusij iam diu ego Albertus composui illum paruum libellum.' Schluß (Zusatz zu 'de penis' § 33): 'et que ibi notantur etcet. Et ad hoc facit quod notatur XXVII. q. iiij (!) c. ut lex continentie (Grat. II 27, 1, 40) et extra de clericis coniugatis c. j. lj. VI.o' (Bon. 3, 3, 1). Unterschrift: 'amen. amen. amen.'

4. Bl. 114 A—115 B, verschiedenes, nämlich a) mehrere Strafurteile aus dem Jahre 1415 des Palla Honofrii Palle de Strozzis, Befehlshaber der Florentiner in Pisa, in Prozessen seines Richters, des 'utriusque legum (!) doctor Franciscus de Blaxiis' aus Volterra, geschrieben, verlesen, verkündet und übersetzt 'per me Dominichum olim Francischini de Vergareto partium Romandiole (Vergereto, jetzt Prov. Florenz) civitatis Florentie notarium publichum', jetzt Notar am Strafgericht des Palla, Besitzer der Hs.; b) Besitzervermerk 'ser francisci ser nicolai

parentis'; c) Prozeßvollmacht vom 31. Juli 1414; d) Kaufvermerk vom 14. August 1414 von der Hand des Dominicus 'emi presentem librum silicet (!) Gandinum a domina filippa vxore olim ser francischi de socio pro pretio et nomine pretii librarum quinque florenorum'; e) unzusammenhängende Bruchstücke; f) weiterer Besitzervermerk 'Nomen meum non pono quia me laudare nolo'; g) italienische Vorschrift, Tinte zu bereiten; h) Rechtsgrundsätze ('brocarda').

Bl. [118]—[119] Schutzblätter, leer.

Wie Nr. 4 erkennen läßt, war die Hs. im 15. Jh. im Besitz toskanischer Notare. Später muß sie Eigentum des Ant. Mar. Biscioni geworden sein, der von 1741 bis zu seinem Tode 1756 Bibliothekar der Laurentiana war. Sein Nachlaß kam in die Magliabechiana, in deren hschr. Verzeichnis die Hs. unter XXIX 126 steht. Diesen Vermerk sah (vor 1892) Flam. Pellegrini, wie C. Cipolla in seinen 'Note di storia veronese', Nuovo Arch. Veneto 4, 2 (1892) S. 8 des Sond.-Abdr. mitteilt, konnte sie aber nicht auffinden. Bei meinem Besuch in der Bibl. Naz. 1904 galt sie als verloren. Man wußte nicht, daß sie, wie ich in der Folge bemerkte (und nunmehr im Verzeichnis angemerkt ist), mit anderen Hss. Biscionis bald nach seinem Tode in die Laurentiana überführt worden war (vgl. 'Della Bibl. Mediceo-Laurenziana di Firenze' [1872] 17, 19). In der Tat war sie als dort befindlich bereits 1792 in Bandinis gedrucktem Nachtrag zu seinem berühmten Laurentianawerk beschrieben worden, und zwar auf Grund der von ihm abgedruckten Vorrede als des 'Alberti de Perusio, I. C. incertae aetatis, tr. de Maleficiis' (Bibl. Leopoldinae tom. sec. S. 239, s. auch 3 [1793] 587). Da aber merkwürdigerweise diese Fortsetzung des Werks vielen Benutzern Bandinis unbekannt zu sein scheint, so Savigny 3, 7 und Schulte 1, 10, ist auch die Hs. unbekannt gebLeben. Ich verglich sie 1904, meist in der Bibl. Marucelliana in Florenz.

Br

Barcelona Archivo de la corona d'Aragon Ripoll 80 (früher Estante 3⁰ Cajon 2⁰ numero moderno 6 antiguo 31), Papier, erste Hälfte des 15. Jahrhunderts, 271 Bl. in Folio, zweispaltig, von Bl. 122 an (?) einspaltig beschrieben, wobei gleichzeitig die Hand wechselt. Überschriften fehlen. Wenige Besserungen.

Pappband in Pergament, Rückentitel: 'Tractatus alberti de Cremina (!) de maleficiis &'. Auf den (neuen) Schutzblättern nichts von Bedeutung, außer auf Bl. I ^{A}, einem Vermerk in catalanischer Sprache, demzufolge die Hs. dem Miquel Ysalguer, Abt des Klosters von Sant Johan ces Abbadesses, gehörte, nachdem sie am 15. März 1477 von ihrem damaligen Besitzer, dem Kanonikus Jachme Grael de Tregura, aus Anlaß einer Reise von Barcelona nach Neapel mit elf anderen Büchern dem Joh. de Lobera, Kanonikus des genannten Klosters, zur Aufbewahrung übergeben war; dieser sollte sie im Fall des Todes des Besitzers dem Kloster aushändigen.

1. Bl. I[A]—VII, 1[a]—89[d] enthalten den Traktat in der zweiten Textstufe. Überschrift: 'Tractatus dominj alberti de Gaudino (!) alias de Cremora (!) continens correccionem, reffformacionem et suplecacionem alterius tractatus siue paruuj libellj quem primitus de ordine maleffíciorum ediderat et composuerat, plurimas questiones ad maleficia pertinentes continens.' Es folgt Bl. I—VII das Verzeichnis der Überschriften. Anfang (Bl. 1[a]): 'cVm acciderem (!) perusi (!) iam est diu est (!), Ego Albertus de gandino alias de tremora (!) composui illum libellum'. Schluß ('de quibusdam quest.' § 16 [26]. Bl. 89[d]: 'ut C. (!) de adulteriis l. si postulauerit § In hoc alias iubet etcet.' (= D. 48, 5, 28, 11). Unterschrift: 'ffinitur (!) deo gracias.'

2. Bl. 90[a]—121[a] enthalten die Questiones statutorum des Gandinus in einer dritten Textstufe (bei uns Hs. 'Bn').

3. Bl. 122—264 enthalten eine namenlose Lectura super Codice.

Die Hs. scheint von einem catalanischen Schreiber herzurühren — 'perusj' statt 'perusij' —, also wohl in Katalonien entstanden. Gegen Ende des 15. Jh. befand sie sich, wie der obige Vermerk ergibt, im Kloster San Juan de Ripoll, auch genannt 'de las Abadesas', ist dann, unbekannt wann, in das Monasterium Rivipullense (lat. Rivispollens, katal. Ripoll) gelangt, das nördlich Barcelona, in der Provinz Gerona, unweit der spanisch-französischen Grenze liegt. 1835 wurde das Kloster bei einer Volksbewegung gestürmt, die Hss. waren vorahnenderweise schon einige Jahre vorher in dem Kronarchiv Barcelona geborgen worden. Dort sind sie zumeist auch verblieben, darunter die unsere, vgl. Beer, Die Hss. des Klosters Santa Maria de Ripoll, Wiener Sitzungsberichte 158 (1908) Abh. 2 S. 12. Hier finden sich auch Erwähnungen der Hs., S. 83 zu Stück 1 und S. 85 zu Stück 2, das Beer unrichtig bestimmt. Schon vorher hatte Beer den obigen Vermerk herausgegeben in seinen „Handschriftenschätzen Spaniens" (1894) 253. Ich benutzte die Hs., die nicht verliehen wird, 1912, aber lediglich in Weiß-Schwarzaufnahmen, die ich der Güte des verstorbenen L. Klüpfel verdanke, von Bl. 1[ab], 89[cd], 90[ab], 121[ab], sowie durch die mir freundlichst zur Verfügung gestellten Aufzeichnungen des Herrn Dr. Beer.

L

Leipzig Universitätsbibliothek 1110, Papier, zweite Hälfte des 15. Jh., 140 Bl. in Folio, einspaltig beschrieben. Überschriften fehlen. Eine Hand. Dazu Rand-

bemerkungen von Händen des 16. Jh. Neue Blattzählung, bis Bl. 14 von Bieners Hand in Tinte, sodann von anderer Hand bleistiftlich.

Neuer Lederband, außen 'Alberti de Gondi (!) de Malef.'. Auf der vorderen Innenseite des Deckels unleserlicher Besitzername von einer Hand des 19. Jh., die Standortnummer 1110 und der bedruckte Zettel 'Ex bibliotheca Fr. Aug. Bieneri. Legatum b. possessoris'.

Bl. [1]. Neues Schutzblatt mit (sehr unzutreffenden) Bemerkungen Bieners über die Besonderheiten der Hs.

1. Bl. 1^A—138^B enthalten den Traktat in der vierten Textstufe. Bl. 51^B—52^A leer. Überschrift (nur Vorschrift): 'de origine maleficiorum'. Anfang: 'cVm Residerem perusij. Iam est diu. Ego albertus de gandino composui hunc libellum. Schluß (de multis quest. § [37]): 'vt ff. de pecculio l. quam tuberonis § hoc amplius etcet.' (D. 15, 1, 7, 4). Daneben von der gleichen Hand ein deutscher Name von unsicherer Lesung.

Bl. [140] Schutzblatt, leer.

Die Hs. scheint in Deutschland entstanden, darauf deuten wohl die Schriftzüge und der Name am Schluß. Biener hat sie nicht vor 1850 erworben, da er in jenen Bemerkungen Savigny Bd. 5 in 2. Auflage anführt. Nach seinem Tode 1861 kam sie als Vermächtnis in die Leipziger UB. Dort benutzte sie Seckel 1891, wovon er mir 1904 Mitteilung machte. In dem sonst so vortrefflichen „Katalog der Hschr. der UB. zu Leipzig" Teil VI Bd. 3 S. 247 hat R. Helssig 1905 eine recht ungenaue Beschreibung geliefert. 1907 verglich ich die Hs. in Berlin KB.

Lp

Leipzig Universitätsbibliothek 992, Pergament, zweite Hälfte des 14. Jh., 156 Bl. in Folio, zweispaltig beschrieben, außer den einspaltigen Bl. 68—71. Überschriften fehlen in Bl. 119—141. Mehrere Hände, auch solche des 15. Jh., Stück 4—6 von einer Hand. Neue Blattzählung.

Alter Holzband mit Lederrücken, außen Standnummern. Auf der vorderen Innenseite: 'v. Schulte in den Sitzungsber. d. phil.-hist. Cl. d. kais. Akad. d. Wiss. zu Wien LXVIII. 110.'

Bl. 1 Schutzblatt mit Besitzervermerk 'Liber monasterij sancti iacobj apostolj in pegaw. 992. 996' (letzteres durchstrichen).

1.—3. Bl. 2—118, verschiedene Stücke, vgl. die im einzelnen ungenaue Beschreibung bei Helssig am eben gen. Ort S. 133f. und dazu

die zutreffenden Bemerkungen und Vermutungen Seckels in seiner Besprechung Helssigs, Hist. Vjschr. 10 (1907) 74f.; vgl. ferner dens., Distinctiones Glossatorum (1911) 349[2]; Schulte 2, 496[26]; Wahrmund, Arch. f. kath. KR. 79 (1879) 412 Z. 17—416 Z. 2.

4. Bl. 119ᵃ—127ᵈ enthalten die Questiones statutorum des Gandinus in der zweiten Textstufe (bei uns Hs. 'Ls').

5. Bl. 127ᵈ—130ᵈ enthalten den Traktat in der ersten Textstufe. Überschrift: fehlt. Anfang: 'tRactaturi de malleficiis primo sciendum est quod de maleficio cognoscitur IIIIᵒʳ modis.' Schluß: 'et de seruitutibus si cui (D. 8, 1, 9). G.[uido].' Unterschrift: fehlt.

6. Bl. 130ᵈ—141ᵃ folgt ohne erkennbaren Übergang eine Sammlung von 19 Quaestionen meist bürgerlichrechtlichen Inhalts, aber zum Quellenkreis des Gandinus gehörig und daher hier zu erwähnen; sie ist mit der von Savigny 5, 428d und 468d beschriebenen Pariser verwandt und mag 'Collectio questionum Lambertini' heißen. Anfang der ersten Qu.: 'Statutum est, quod uicini capiant malefactores'. Schluß der letzten Qu.: 'aget ad exibendum uel rerum amotarum ff. de iure l. si ego § f.' (D. 23, 3, 9, 3). Nr. 5 (disputiert Nov. 1277) und 6 stammen laut Unterschrift von Lambertinus de Ramponis, Nr. 15 und 17 von Tho.(mas de Piperata), Nr. 16 von Franciscus (Accursii) doctor legum. Nr. 18. von Federicus (de la Scala), die anderen sind namenlos, zeigen aber durchweg die Weise des Lambertinus. Nr. 13 und 14 sind gedruckt bei Gandinus Quest. stat. ed. Solmi Nr. 40 und 66. Vgl. hierzu Helssig, der aber dies Stück mit dem vorigen zusammenfaßt, und Seckel, Dist. Gloss. 351[1], mit Abweichungen.

7.—9. Bl. 141ᵃ—156ᵃ enthalten verschiedene Stücke, vgl. die zutreffende Beschreibung bei Helssig Nr. 5—7.

Die Hs. gehörte dem 1100 gegründeten Benediktinerkloster St. Jacob in Pegau, dessen Bücher 1543 an die Leipziger UB. kamen (Helssig S. XIV). Unter ihren Büchern führt sie Feller im Catal. Cod. Mss. Bibl. Paulinae in acad. Lips. (1686) 222 unter Nr. 21 auf. Von den erwähnten Benutzern ist das uns hier beschäftigende Stück 5 nicht erkannt worden. Helssig hat aber die Beziehung zur Margarita des Albertus Galeottus gesehen (S. 134f.). Ich verglich die Hs. 1907 in Berlin KB.

M

Florenz Biblioteca Nazionale XXIX 112 (früher Magliabechianus-Gaddianus 497), Papier, zweite Hälfte des 14. Jh., 179 Bl. in Folio, einspaltig beschrieben. Keine Überschriften außer einem Teil der Vorschriften. Eine Hand, dazu einige gleichzeitige Randbemerkungen. Keine Blattzählung, aber in Stück 1 neue bleistiftliche Seitenzahlen.

Pappband, außen 'XXIX Alb. de Gandino de Cremona Tract. de Malef. XXIX. 112'. Auf der vorderen Innenseite: 'Francisci Caesaris Augusti Munificentia'.

Bl. [1]—[2] Schutzblätter, vorn: 'G.(addianus) 497. D. 112. XXIX Alb. de Gandino de Cremona Tract. de Maleficiis.'

1. Bl. [3]A—[85]B enthalten den Traktat in der zweiten Textstufe. Überschrift: fehlt. Anfang: 'CVm assisterem (!) perusii tam (!) est diu Ego Albertus de gandino de cremona composui illum paruum libellum.' Schluß (de quibusd. quest. § 16 [26]): 'uel non est uerosimile quod habeat merito in ecclesiis cessat dicta ratio et causa querenda est ut ff. de adulteriis l. si postulaturus § iubet (D. 48, 5, 28, 11). Gandinus.' Darauf eine nicht zugehörige, acht Zeilen füllende Quaestio im Anschluß an C. 8, 35, 9. Unterschrift: 'Explicit Gandinus. deo Gratias.'

Bl. [86]—[92] leer.

2. Bl. [93]A — [177]A enthalten die echte Gestalt der Summa Compendiosa des Tancredus de Corneto, vgl. zu diesem Werk Savigny 5, 134f.; A. Solmi, Di un' opera attribuita a Baldo, Arch. giuridico 67 (1901) 401ff.

3. Bl. [177]B — [178]B enthalten eine Sammlung von 'Casus' zum Corpus iuris civilis und zu den Decretalen.

Bl. [179] Schutzblatt, leer.

Die Hs. muß vor 1677 im Besitz der Familie Gaddi in Florenz gewesen sein, denn spätestens in diesem Jahre starb Giacomo Gaddi und darauf werden die Bücher zerstreut, bis sie 1755 wenigstens teilweise für die Magliabechiana gerettet wurden; vgl. Bandini Catal. Bibl. Laur. 7 (1777) S. XXX, XXXIV. In deren hschr. Verzeichnis ist Stück 1 und 2 aufgeführt und wird die Hs. in das Jahr 1434 versetzt. Sie wurde vor 1892 von Patetta eingesehen und an Cipolla mitgeteilt, der sich durch Fl. Pellegrini § 4 'ubi puniatur' vergleichen ließ und 1892 die Lesarten zu diesem Paragraph am zu B genannten Ort S. 13ff. veröffentlichte; als Entstehungsjahr gab er 1424 an. Gleichfalls 1892 wurde die Hs. von Seckel eingesehen, wie er Hist. Vjschr. 10 (1907) 75 mitteilt, wobei er sie ebenfalls in das 15. Jh. versetzt. Ich verglich sie 1904 und 1905, eine Zeit lang auch in der Biblioteca Marucelliana zu Florenz. Der falsche Zeitansatz durch ihre bisherigen Benutzer erklärt sich jedenfalls dadurch, daß sie am Schluß (Bl. 117 A) lasen: 'Scriptum fuit dictum opus per (Name ausgekratzt) In studio Bonolensi (!) anno domini m°cccc°xxxiiij°.' Dieser von einer Hand des späten 15. Jh. hinzugefügte Vermerk bezieht sich aber ersichtlich auf die unmittelbar vorangehende Unterschrift zu Stück 2: 'Anima domini Tancredi huius operis auctoris Requiescat In pace. Amen. Laus deo.' Unmöglich konnte der Schreiber die von ihm angefertigte Hs. mit 'dictum opus' bezeichnen! Vermutlich wollte er dagegen das 'Opus' des Tancred, mit einem im 15. Jh. weit

verbreiteten Irrtum, an der ausgekratzten Stelle dem Baldus zuschreiben, wobei er versehentlich eine unmögliche Jahreszahl — vielleicht für mccccxxxxiiij — setzte; 1344 las Baldus in Bologna. Das Formeljahr im Traktat ist 1316 (Bl. 11).

N

Paris Bibliothèque Nationale Lat. 4598, Pergament, erste Hälfte des 15. Jh., 105 Bl. in Folio, zweispaltig beschrieben. Überschriften fehlen. Zwei Hände, die Bl. 52/53 wechseln, dazu wenige Besserungen und Randbemerkungen, bes. bei Allegationen, die am Rand durch tj (= textus juris?) bezeichnet sind. Neue Blattzählung.

Halblederband, außen: 'Bartholi Apparatus Lat. 4598.'

Bl. [1]—[2] neues Schutzblatt, leer.

1a. Bl. 1—2, als altes Schutzblatt dienendes Stück einer Hs. des 14. Jh., darauf ein Bruchstück der Summa decretalium des Franzosen Petrus de Sampsone, nachzutragen bei Schulte 2, 109[4].

2. Bl. 3—87 enthalten den Traktat in der zweiten Textstufe. Auf Bl. 3^b die Standnummern 'Cod. Colb. 1276 Regius A. 838, 3, 3'. Am Schluß ein nicht mitgezähltes beschnittenes Blatt (87bis) im Umfang einer halben Spalte. Überschrift: 'In nomine domini nostri Iesu Christi amen. Incipit libellus super ordine et causis maleficiorum dudum Perusii compillatus et postea senis suppletus reformatus et correctus m. cc lxxxx viiij^{or}.' Anfang: 'Cum assiderem perusii iam est diu Ego Albertus de gaudino (!) de crema (von späterer Hand verändert in 'cremona') composui illum paruum libellum.' Schluß: (de quibusdam quest: § 16 [26]): 'Uel non est uerosimili ('quod' fehlt) habeat merito in ecclesiis cessat ipsa ratio nam ideo (lies: ratio et) causa querenda est ut C. (!) de adulteriis l. si postulauerit § in hoc (!) etcet. hic' (D. 48, 5, 28, 11).

3. Bl. 88—99 enthalten die Solutiones contrariorum et brocardorum super ff. nouo des Iacobus de Belvisio (s. Savigny 6, 661).

1b. Bl. 100—101, wie oben 1a.

Bl. [104]—[105] neues Schutzblatt, leer.

Die Hs. scheint, den Schriftzügen nach zu urteilen, in Spanien entstanden; es liegen Gründe vor zu vermuten, daß sie die zweite der unten in § 5 erwähnten ehemals Urgelitaner-Hss. ist. Jedenfalls kam sie später, wie der obige Vermerk zeigt, in den Besitz Colberts, und nach dem Tode des großen Ministers (1683) durch Ankauf aus dem Be-

sitze seines Großneffen Charles-Éléonor 1732 in die Bücherei des Königs (vgl. L. Deslisle, Inventaire général et méthodique des ms. franç. de la Bibl. Nat. 1 (1876) S. XC. Im Catal. cod. ms. bibl. regiae 3 (1744) 612 findet sie sich demgemäß zu Stück 2 und 3 kurz angeführt und, wie bei diesem Werk oft, um 100 Jahr zu früh angesetzt. Savigny hat sie 1805 in der nunmehr zur Bibliothèque nationale aufgestiegenen Sammlung eingesehen und aus ihr einige für das Leben des Gandinus wichtige Stellen im 5. Band seiner Geschichte (1. Aufl. 1829, 2. 1850 S. 560 ff.) mitgeteilt, durch die er wie gewöhnlich mit einem Schlage und gleichsam im Vorübergehen den Gegenstand mehr aufgehellt hat als alle früheren vereint. Nach einer Angabe bei Gandini 31 hat sie, wohl in den achtziger Jahren, sein Gewährsmann L. Busi eingesehen. Ich konnte sie 1905 in Florenz Biblioteca Nazionale vergleichen.

O und Ox

Oxford Bodleian Library Canonicianus Miscellaneus 468, Papier, zweite Hälfte des 15. Jh., 163 Bl. in Folio, zweispaltig beschrieben. Überschriften z. T. vorhanden. Eine Hand. Alte Blattzählung bis Bl. 63, von da ab neu auf jedem fünften Blatte.

Neuer Lederband, außen Standnummern.

Bl. [1] Schutzblatt, mit Standnummer 'Canon. Miscell. 468'.

1. Bl. 1ᵃ—63ᵇ Vorlesung des Bartolus über die Tres Libri, s. Savigny 6, 168.

2. Bl. 64ᵃ—127ᵃ enthalten den Traktat in der zweiten Textstufe, unsere Hs. O. Überschrift: fehlt. Anfang: 'Cum assiderem (!), iam est diu, ego Albertus de Gandino de Crema composui illum paruum libellum.' Schluß (Zusatz zu de multis quest. § 27): 'ff. de penis l. respiciendum § rubrica (! D. 48, 19, 11, 1). Martinus de Fano.' Unterschrift: 'Gratia domini nostri Iesu Christi finem impono ordinandi presentis libelli. Summa malleficiorum appellatur per doctores et iudices. ℞°.'

3. Bl. 127ᵃ—132ᵈ enthalten den Traktat in der ersten Textstufe, unsere Hs. Ox. Überschrift: 'Iesus etc. Tractatus domini Guidonis de Suzaria in materia malleficiorum etc. IN nomine eius qui est pater et filius et spiritus sanctus amen. Tractatus super malleficiorum ordinacione et examinacione compositus et compillatus ex rationibus et lectura domini Guidonis de Suzaria in quo inseriuntur etiam alique questiones aliquorum doctorum ut

inferius liquebit.' Anfang: 'Et primo sciendum est, quod de maleficiis cognoscitur IIII[or] modis.' Schluß: 'ff. de seruitutibus l. si cui' (D. 8, 1, 9). Unterschrift: 'Explicit tractatus domini Guidonis de Suzaria super malleficiis.' Bl. 133 leer.

4.—11., Bl. 134—161, enthalten verschiedene Stücke, meist des Bartolus.

Die Schriftzüge sind französisch, als Schreiber nennt sich Bl. 63[d] Jo. de Herans proles francigenia et brabantina'. Die Hs. scheint im Jahr 1473 entstanden, denn so lautet auf Bl. 70[c] das Formeljahr. Später gehörte diese Hs. mit andern dem Jesuiten M. L. Canonici in Venedig (1727—1805), aus dessen Besitz sie 1817 in den der Bodleiana überging. So Coxe in Codd. Mss. Bibl. Bodleianae, P. III, codd. graec. et lat. Canonicianos complectens (1854) 1. Daselbst Sp. 787/8 befindet sich eine leidliche Beschreibung der Hs.; als Merkwürdigkeit sei mitgeteilt, daß er in der Unterschrift zu Nr. 2 das Wort 'Gratia' nicht entziffern konnte und 'Tra . . .' las. Nr. 3 ist als 'de maleficiis tractatus ex Guidone de Suzaria aliisque collectus' beschrieben. Die Hs., die nirgends erwähnt wird, wurde mir 1905 nach Florenz Bibl. Naz. geliehen, wo ich Nr. 2 verglich und Nr. 3 abschrieb.

P

Perugia Biblioteca Comunale 301 (früher E. 49, noch früher [?] 387), Papier, erste Hälfte des 15. Jh., 267 Bl. in Folio, einspaltig beschrieben. Überschriften in Vor- und Rotschrift vorhanden. Eine Hand. Neue Blattzählung.

Alter Holzband. Auf der vorderen Innenseite Anweisung zur Tintenbereitung.

Bl. [1]—[3] Schutzblätter, darauf 'Alberti Gandini Tractatus de origine maleficiorum' und Anfang eines Inhaltsverzeichnisses zur Hs., ferner eine medizinische Anweisung in italienischer Sprache und ein weiteres Inhaltsverzeichnis zur Hs., geordnet nach Gutachten, Abhandlungen und Repetitionen, unter 65 Nummern.

1. Bl. 1[A]—78[A] enthalten den Traktat in der zweiten Textstufe; Bl. 42 enthält nur ein nicht zugehöriges theol. Bruchstück. Überschrift: fehlt. Anfang: 'CVm assiderem perusii, jam est diu, Ego Albertus de gandino de cremona composui illum paruum libellum.' Schluß ('de quibusdam quest.' § 16 [26]): 'uel non est uerisimile quod habeat, merito in ecclesiis cessat ipsa ratio, nam ratio et causa querenda est ut de adulteriis l. si postulauerit § iubet' (D. 48, 5, 28, 11). Unterschrift: fehlt.

2. 3. Bl. 78 A — 79 B — 83 B enthalten zum Quellenkreis des Gandinus gehörige Stücke 'de interpretatione statutorum' und 'de questionibus'; darüber an anderem Ort.

4.—64. Bl. 84 A — 264 A enthalten sechzig verschiedene Stücke, meist gedruckt; die späteste vorkommende Jahreszahl scheint 1384 (Bl. 125); vgl. auch Savigny 6, 216c. Auf der letzten leeren Seite die vielleicht einen Besitzer bezeichnenden Worte 'gnaldus Mannini de florentia'.

Zuerst von dieser Hs. hat in seinem Werk 'Cremona literata' 1702 Arisi (1, 136) gesprochen, in dem er auf Grund eines Briefes des Camaldulenserabtes Pietro Canneto in Perugia vom 24. Juni 1697 mitteilte, daß in dem dort aufbewahrten 'Ms. archetypus' Gandinus in der Vorrede als Cremoneser bezeichnet wird. Hiernach die Anführung der Hs. bei Savigny 5, 563. Gandini 36 gibt aus der Vorrede nach einer Abschrift Busis eine Stelle (ungenau) wieder. Bei Mazzatinti, Invent. dei mss. delle bibl. d'Italia 5 (1895) 113 findet sich sodann eine (wenn auch nicht die Hs., wohl aber) diesen flüchtigsten aller Katalogfabrikanten kennzeichnende Beschreibung, in der er als Schluß des Traktats die Worte 'Ego Petrus de Perusio etc. sigillum consuetum apposui' angibt, ohne zu merken, daß er damit den Schluß des letzten Gutachtens wiedergibt, das durch 62 andere Stücke vom Traktat getrennt ist. So erklärt sich auch seine Beobachtung, daß in diesem Bartolus, Baldus usw. angeführt würden. Irrig setzt er die Hs. in das 14. Jh. Endlich führt Solmi S. 132 [4] die Hs. als 'da me esaminato' an und bringt aus ihr sechs Stellen (S. 133 [3], 134 [1], 136 [1], 139 [3], 144 [4], 148 [2]), auffälligerweise gerade die sechs Stellen, in denen schon nach Savignys Mitteilungen Abweichungen der Hss. von den Drucken zu erwarten waren, und zwar mit argen Lesefehlern: 'ideo . . . de ipsis questionibus aliquam mentionem faciam' (S. 133 [3]) statt: 'et ideo . . . de ipsorum statutorum questionibus aliquam faciam mentionem', und: 'illum primum libellum' (S. 148 [2]) statt: 'illum paruum libellum'; auch führt er S. 136 [1] aus P eine Stelle an, die gerade dort (Bl. 64 A) fehlt, während sie in anderen Hss. und Drucken allerdings steht. Endlich ist ihm die für den Gegenstand seines Aufsatzes besonders wichtige Nr. 2 entgangen. Nach alledem ist mit Sicherheit anzunehmen, daß in den obigen Worten 'da *me* esaminato' sich durch — Druckfehler das Wörtchen 'me' statt des Namens eines unzuverlässigen Gewährsmannes eingeschlichen hat. Ich verglich die unverleihbare Hs. 1905 in Perugia.

R

Ravenna Biblioteca Classense 374, Papier, zweite Hälfte des 15. und erste Hälfte des 16. Jh., 163 Bl. in Folio. Überschriften vorhanden. Eine ältere Hand, die zweispaltig schreibt und die Blätter arabisch zählt, und von Nr. 6 ab eine jüngere Hand, die einspaltig schreibt und die Blätter lateinisch zählt, dazu zahlreiche Randbemerkungen.

Bl. [1]—[6] Schutzblätter, auf Bl. [1] der Vermerk: 'Il sig. Palmieri copiò da questo codice la parte Alberti de Gandino Quaestiones Statutorum da essere pubblicata dal Prof. Gaudenzi nella Bibliotheca iuridica medii aevi col permesso del Sindaco 15 Dic. 1888 N. 4170.'

1. Bl. 1ᵃ—89ᵈ enthalten den Traktat in der dritten Textstufe. Überschrift: 'Incipit tractatus Alberti Gandini excellentissimi legum doctoris super malleficia. Anfang: 'CUm assiderem perusii jam est diu Ego Albertus composui illum paruum libellum.' Schluß (de multis quest. § 7 [29]): 'quia generalis clausula non refertur ad ea de quibus est specialiter actum, ut ff. de uerborum obligationibus l. doli clausula' (D. 45, 1, 119).

2. Bl. 89ᵈ — 92ᵈ enthalten ohne Trennung von Nr. 1 zum Quellenkreis des Gandinus gehörige Quaestionen des Odofredus, vgl. Kantorowicz im Archiv f. Strafrecht 54 (1907) 119[5]. Bl. 93—96 sind leer.

3. Bl. 99ᵃ(!)—124ᵈ enthalten die Questiones statutorum des Gandinus in der ersten Textstufe, bei Solmi und uns Hs. 'Cl'.

4. Bl. 125ᵃ—133ᵇ enthalten ein bis Bl. 84 reichendes Inhaltsverzeichnis zu Nr. 1. Bl. 133ᶜ—134ᵈ sind leer.

5. Bl. 135ᵃᵇ enthalten ein ebenfalls unvollständiges Inhaltsverzeichnis zu Nr. 3. Bl. 139ᴮ — 147ᴮ sind leer.

6.—8. Bl. I—XI enthalten drei verschiedene Stücke, Nr. 7 ist der zum Quellenkreis des Gandinus gehörige tractatus de tormentis, hier dem Dynus zugeschrieben.

Bl. [160]—[163] Schutzblätter, leer.

Die Hs. scheint im Venetianischen entstanden zu sein. Hierauf deutet erstens der Umstand, daß in 'de pen.' § 16 statt von einem 'Placentinus in districtu Cremone' gesprochen wird von einem 'Vicentinus in districtu Padue', ferner der folgende Vermerk eines Korrektors auf Bl. 132ᴬ unten: 'visus fuit hic liber per me nicolaum *bellunensem* concalonium parentii'. Endlich war sie bald nach Entstehung im Besitz eines Brescianer Praktikers, der mehrfach an geeigneten Orten auf seine Rechtsfälle verweist, z. B. Bl. 53ᶜ bei 'de pen.' § 38: 'nota hanc questionem quia habes de facto in questione Raymundi in civitate Brixiae'; Bl. 58ᵇ zu 'de pen.' 60: 'nota hic, quia habes nunc de facto brixiae in querela petrozoli de Cremona' und: 'hoc fuit de facto Brixiae de quo dubitaui'. Nun gehörten aber im 15. Jh. Vicenza, Belluno und Brescia zum Gebiet Venedigs, dessen Universitätsstadt damals Padua war. Beachtet wurde die Hs. zuerst von Aug. Gaudenzi, der von dem Funde des Stückes Nr. 3 in seinen Ordinamenti sacrati (1888) S. XXI[1] Kenntnis gab. Mazzatinti lieferte am zu P genannten Ort 4 (1894) 225 eine Beschreibung, in der er Nr. 1 unter Übergehung von Nr. 2 bis Bl. 92, Nr. 3 nur bis Bl. 123, Nr. 4/5 nur bis Bl. 134 reichen läßt. Mit eben

diesen Irrtümern beschrieb die Hs. Solmi 1901 in seinem Aufsatz S. 131 [2] (vgl. S. 132 [4]), führte S. 139 [3] und 144 [4] zwei der schon von Savigny hervorgehobenen Stellen an und setzte die Hs. hier und gleichzeitig in seiner Ausgabe der Questiones statutorum S. 156 irrig in das 14. Jh. Er kann die Hs. also nicht gesehen haben und verschweigt dies wohl deshalb, um seinen hier leicht zu erratenden Gewährsmann nicht mit der Verantwortung für die zahllosen Lesefehler zu belasten, mit denen er die Hs. in seiner Ausgabe anführt. Ich konnte sie 1904 in Florenz Bibl. Naz. vergleichen.

T

Turin Biblioteca Nazionale Lat. A. 9 (früher F. 1. 17), Pergament, zweite Hälfte des 14. Jh., 67 Blatt in Fol., zweispaltig beschrieben. Überschriften vorhanden. Eine Hand, dazu zahlreiche Randbemerkungen verschiedener Hände des 14. bis 16. Jh. Keine Blattzählung.

Ledereinband. Am Schluß von gleichzeitiger Hand, wohl eines Besitzers: 'Giliolus Roberti de Coparmulis.'

1. Bl. 1—67 enthalten den Traktat in der zweiten Textstufe. Überschrift: 'In nomine domini nostri yesu christi. Amen. Incipit libellus super ordine et causis malefitiorum dudum perusii compilatus et postea senis suppletus reformatus et correptus. m°. cc. lxxxxviiij. per dominum albertum gandinum de cremona.' Anfang: 'Cun (!) assiderem perusii iam est diu ego albertus de gandino de crema composui (ein Wort erloschen) parvum libellum.' Schluß (de penis § 7): 'ego albertus didici ab eodem'. Unterschrift: fehlt.

Diese Hs. wurde vor 1892 von F. Patetta benutzt, der hiervon C. Cipolla Mitteilung machte. Dieser hat 1892 den § 5 'ubi puniatur' am zu B gen. Ort S. 13ff. unter Hinzufügung der Lesarten von M und der 23. Ausgabe mit manchem Mißverständnis herausgegeben, wobei er unrichtig die Standnummer als F. 1. 7 angab (S. 8 [2] und S. 10). In dem 'Inventario dei codici superstiti greci e latini antichi della Bibl. Naz. di Torino', der nach dem großen Brande am 25./26. Januar 1904 in der Rivista di Filologia e d'Istruzione classica 32 (1904) 385ff. veröffentlicht wurde, wird die Hs. S. 515 unter Nr. 647 beschrieben als: 'F. 1. 17. sec. XIV. Alberti Gandini libellus de causis maleficiorum. Macchiato d'acqua, specie nei primi fogli.' Da die von Cipolla mitgeteilte Stelle keine außer schon bekannten, zumal aus A bekannten Lesarten ergab, und mir mitgeteilt wurde, daß auf eine Versendung der beim Brande beschädigten Hss. kaum zu rechnen sein würde, verzichtete ich auf eigene Kenntnisnahme und begnügte mich mit — oben ver-

werteten — Auszügen, die ich Herrn Dr. Santorre Debenedetti verdanke. Später erfuhr ich, daß die Hs. tatsächlich nur sehr wenig beschädigt ist, indessen sie nunmehr einzufordern, verhinderte mich der Weltbrand.

Vt

Rom Vatican Urbinas 156 (früher 259, noch früher 339), Pergament, erste Hälfte des 14. Jh., 179 Blatt in Folio, zweispaltig beschrieben außer Bl. 23—43, die dreispaltig beschrieben sind. Überschriften z. T., nicht in Nr. 7, vorhanden. Mehrere Hände. Neue Blattzählung.

Älterer Holzband, innen Wappen Alexanders VII. (1655—67).
Bl. [1]—[2] Schutzblätter.

1.—6. Bl. 1^a—146^d, s. die Beschreibung bei C. Stornajolo, Codices Urbinates Latini 1 (1902) 162 Nr. 1—4.

7. Bl. 147^a—156^b enthalten die Questiones statutorum des Gandinus in der ersten Textstufe, (bei Solmi und uns Hs. 'V').

8. Bl. 156^b—158^c enthalten den zum Quellenkreis des Gandinus gehörigen Tractatus de tormentis.

9. Bl. 158^{cd} enthalten den Anfang des Traktats in der ersten Textstufe, bei uns Hs. Vt. Überschrift: 'Questiones aliquorum doctorum super malleficiis. Rubrica.' Anfang: 'E Et (!) primo sciendum est quod de malleficiis cognoscitur IIII modis.' Schluß (§ 5): 'tertio dicat magnitudinem' . . . Unterschrift: fehlt. Ein weiteres Stück, § 54, befindet sich am unteren Rande von Bl. 154^{ab} eingetragen.

10. Bl. 158^d—160^d enthalten den zum Quellenkreis des Gandinus gehörigen tractatus de fama des Thomas de Piperata, bei Savigny 5, 566f. nachzutragen.

11.—12. Bl. 160^b—175^d, vgl. die Beschreibung bei Stornajolo Nr. 7—8.

Bl. [178]—[179] Schutzblätter.

Die Hs. entstammt der berühmten Bücherei Federigos von Urbino, in die sie nach 1474 gelangt sein muß, da das Wappen bereits die Worte 'F. DVX' aufweist. In dem urbinatischen Verzeichnis (bei Stornajolo, Codd. Urb. Graecos [1895] S. LIX) führt sie die Nr. 339. Die Bücherei gelangte 1657 in den Vatikan, dessen hschr. Verzeichnisse sie kurz und stets ohne Bezugnahme auf Gandinus aufführen. Als sein Werk wurde Nr. 7 von Gaudenzi erkannt, wie Solmi in seinem oben § 2 gen. Aufsatz von 1901 S. 131 [3] mitteilt; gleichzeitig machte sie dieser, wobei er sie in das Ende des 13. oder Anfang des 14. Jh. setzte, zur Grundlage seiner Ausgabe. Im folgenden Jahr veröffentlichte Stornajolo seine in

jedem Betracht mangelhafte Beschreibung; unser Bruchstück ist begreiflicherweise — wie auch bei den andern — unbeachtet geblieben. Ich verglich die Hs. 1906 im Vatikan.

Weitere Handschriften?

5. Weitere Handschriften sind mir nicht bekannt geworden, trotz allen Suchens. Aber die Arbeit eines einzelnen bedeutet bei solchen negativen Feststellungen nichts; ich zweifle keinen Augenblick daran, daß noch manche andere Hss. vorhanden sein werden, besonders in Spanien. Hat doch ein so grundgelehrter und übervorsichtiger Forscher wie Conrat geglaubt, ihm sei bei der Ausgabe der 'Epitome exactis regibus' „keine sehr erhebliche" Zahl von Hss. entgangen, und doch wurden ihm alsbald zu den 17 ihm bekannten von Seckel allein noch weitere 27 nachgewiesen[1]), und selbst das sind nicht alle. Erst recht ist von vornherein gewiß, daß früher noch weitere Gandinushss. vorhanden waren, und wir selber werden eine große Reihe verschollener zu „erschließen" haben (§ 12—19). Aber es hätte selbstverständlich keinen Zweck, alle Hss. aufzuführen, aus denen etwa ein alter Schriftsteller Gandinus angeführt zu haben scheint. Viel wertvoller wäre es, wenn wir Hss. des 'tractatus de ordine maleficiorum' mit der Überschrift 'incipit parvus (oder particularis) libellus' auffinden könnten, die Joh. Andreae († 1348) dem Rolandinus de Romanciis († 1284) zuschreibt und Diplovatatius († 1541) unter dem Namen Guido de Suzaria († 1293) kannte.[2]) Denn alsdann ließe sich unmittelbar erweisen, daß es sich nur um falsch betitelte Hss. des Gandinus handelt, dem sie die Priorität im Strafrecht nicht rauben können. Hier dürfen wir nur fragen, ob das jetzige Vorhandensein weiterer Hss. behauptet worden ist oder aus bestimmten Gründen nicht unwahrscheinlich ist.

In Paris Bibl. Nat. befindet sich unter Nummer Lat. 18604 ein Hss.-Verzeichnis der 157 Hss., die im Jahre 1660 dem 'Archivo de la Santa Iglesia de la ciudad' von Urgel, einer Bischofsstadt in den spanischen Pyrenäen, gehörten. Hier ist verzeichnet unter Nr. 69: 'Volumen ms in pergameneo exaratum 150 foliis circa insertum, intitulatum Summa Dni. Alberti de Cremona super criminibus et aliorum auctorum de feudis tractantium et in fine consuetudines Cathalonie' (das sind die 'Usatica Barchinone'). Ferner unter Nr. 140: 'Vol. ms in perg. exaratum 100 foliis vel circa insertum, intitulatum Alberti de Cremona super accusationibus'. R. Beer, der das Verzeichnis in seinen „Handschriftenschätzen Spaniens" (1894) abgedruckt hat (vgl.

[1]) M. Conrat (Cohn) a. a. O. (1884) S. XI, CCCXLIX f.; E. Seckel, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter 1 (1898) 379—84, 509.

[2]) Vgl. Savigny 3, 638; 5, 396b; das Todesjahr des Guido nach Annales Veronenses Ubertini de Romana civis mutinensis, ad annum, in: Antiche Cronache Veronesi (Ven. 1890); die Urk. bei Savigny 5, 391 Anm. r beweist nichts dagegen.

S. 499, 506f., 513), hat gelegentlich seiner Forschungsreise 1886—90 von Chorherren aus Urgel die Auskunft erhalten, es seien noch etwa 20 Hss. vorhanden. Die Wahrscheinlichkeit, daß unter diesen sich auch die erwähnten befinden, ist demnach gering. Auf meine Anfrage in Urgel erhielt ich keine Antwort. Wie ich schon oben bemerkte, könnte Nr. 140 sich sehr wohl in unsere Pariser Hs. N verwandelt haben.

Eine weitere spanische Hs. führt Savigny 5, 563 an: 'Augustini mss. lat. N. 388.' Damit ist eine Gandinushs. gemeint, die im Bd. 7 (1772) der Opera omnia des Antonius Augustinus, Erzbischofs von Tarragona, gest. 1586, unter seinen Hss. auf S. 103 angeführt wird. Savigny erwähnt sie wohl deshalb, weil er (3, 6) annahm, alle Bücher des berühmten Gelehrten seien in den Escorial gekommen; der Pater Bibliothekar teilte mir aber auf Anfrage mit, daß dies nur für einen Teil zutraf, darunter nicht die gesuchte Hs.

Endlich führt Savigny neben N und P noch an: „eine andere bei Arisi . . . p. 136"; vgl. auch S. 560a. Der Cremoneser meint aber (in dem oben zu P gen. Werk) nur den von einem anderen Schriftsteller angeführten Urdruck von 1491.

Ergebnisse.

6. Von Savignys vier Hss. hätte er also nur zwei, N P anführen dürfen, zwei andere, A B, hätten ihm nicht zu entgehen brauchen. Seitdem sind noch hier und da die anderen sechs Hss. der zweiten und dritten Textstufe namhaft gemacht worden, so daß ich insoweit mit einer im strengsten Sinne unbekannten Hs. nicht aufwarten kann. Eine Aufzählung der bis dahin bekannten Hss. gab ich 1907 im Archiv für Strafrecht 54, 121f. Dagegen werden die drei Hss. der ersten Stufe, Lp Ox Vt, hier zum erstenmal genannt. Eine Scheidung in Textstufen ist bisher nicht vorgenommen worden. Im übrigen ergibt sich aus der folgenden Tafel der Stand des Wissens hinsichtlich der handschriftlichen Überlieferung des Tractatus de maleficiis.

Sigle	Lagerort	Standortnummer	Text-stufe	Alter	Vermutliche Heimat	Älteste erkennbare Erwähnung in gedruckten Büchern (auch Katalogen)	Älteste bekannte Benutzer (außer den Verfertigern von Katalogen)	Älteste Erwähnung im Schrifttum über Gandinus
A	Florenz	Bibl. Naz. XXIX 181	3	14. 1. H.	Italien	Blume 1834	K. 1904	K. 1907
B	Florenz	Laur. Bisc. 4	2	14. 2. H.	Italien	Bandini 1792	K. 1904	K. 1907
Br	Barcelona	Arch. Arag. Rip. 80	2	15. 1. H.	Katalonien	Beer 1908	K. 1912	Hier
L	Leipzig	Univ.-Bibl. 1110	4	15. 2. H.	Deutschl.	Helßig 1905	Seckel 1891	K. 1907
Lp	Leipzig	Univ.-Bibl. 992	1	14. 2. H.	?	Hier	K. 1907	Hier
M	Florenz	Bibl. Naz. XXIX 112	2	14. 2. H.	Italien	Cipolla 1892	Patetta vor 1892	K. 1907
N	Paris	Bibl. Nat. Lat. 4598	2	15. 1. H.	Spanien	Cat. codd. 1744	Savigny 1805	Savigny 1829
O }	Oxford	Bodl. Libr. Canonic. Misc. 468	2	15. 2. H.	Frankreich	Coxe 1854	K. 1905	K. 1907
Ox }			1	15. 2. H.	Frankreich	Hier	K. 1905	Hier
P	Perugia	Bibl. Com. 301	2	15. 1. H.	Italien	Arisi 1702	Canneto 1697	Arisi 1702
R	Ravenna	Bibl. Class. 374	3	15. 2. H.	Venetien	Gaudenzi 1888	Gaudenzi vor 1888	Solmi 1901
T	Turin	Bibl. Naz. Lat. A 9	2	14. 2. H.	?	Cipolla 1892	Patetta vor 1892	K. 1907
Vt	Rom	Vat. Urb. 156	1	14. 1. H.	Italien	Hier	K. 1906	Hier

Die Hss. betragen demnach an Zahl: 13, davon jetzt in Italien 7, in Deutschland und England je 2, in Frankreich und Spanien je 1, während der Heimat nach auf Italien 6, auf Spanien und Frankreich je 2, auf Deutschland 1 kommen und zweier Heimat unbekannt ist.

Dem Alter nach gehören in die erste Hälfte des 14. Jh. 2, in die zweite Hälfte 4, in die erste Hälfte des 15. Jh. 4, in die zweite Hälfte 3.

Der Textstufe nach gehören in die erste 3, in die zweite 7, in die dritte 2, in die vierte 1.

An der allmählichen Bekanntmachung der Hss. und damit der Aufklärung dieses winzigen Fleckchens des orbis intellectualis, sind die letzten vier Jahrhunderte und alle großen europäischen Kulturvölker beteiligt, und zwar sieben Italiener, sechs Deutsche und je ein Franzose und Engländer (und doch glauben manche, daß sich sogar die größeren Aufgaben der Forschung ohne das Hand-in-Hand-Arbeiten der Völker lösen ließen).

Nur beiläufig sei erwähnt, daß von den Questiones statutorum des Gandinus, die für die Ausgabe des Traktates ebenfalls verwertet werden mußten, bisher nur sechs Hss. bekannt geworden sind. Es kommen nämlich zu den zwei vom Herausgeber der ersten Textstufe herangezogenen Hss. Rom Vat. Urb. 156 (darin auch Vt) erste Hälfte des 14. Jh., bei Solmi V, und Ravenna Class. 374 (darin auch R) zweite Hälfte des 15. Jh., bei Solmi Cl, noch drei Hss. der zweiten Stufe, nämlich Florenz Riccard. 744, bei uns F; Turin Bibl. Naz. Lat. A. 219, bei uns Tr; Leipzig Univ.-Bibl. 992 (darin auch Lp), bei uns Ls, sämtlich der zweiten Hälfte des 14. Jh. angehörig, sowie eine Hs. einer unechten dritten Textstufe, Barcelona Arch. Arag. Ripoll 80 (darin auch Br), bei uns Bn, aus der ersten Hälfte des 15. Jh.

II. Die Drucke.

7. Die Drucke werden hier in der Zeitfolge angeführt. Auf ausführliche Beschreibungen habe ich, auch bei den Wiegendrucken, um Raum zu ersparen, an dieser Stelle verzichtet und mich mit den nötigsten Angaben begnügt, wobei die Blätter, wie in § 3 angegeben, bezeichnet wurden; Genaueres enthält eine handschriftliche Beschreibung, die ich in der Univ.-Bibliothek Freiburg niedergelegt habe. Alles bezieht sich, soweit nicht das Gegenteil ersichtlich ist, nur auf den Traktat selber, nicht auf die mit ihm ver-

bunden gedruckten Arbeiten anderer. Am Schluß der Beschreibung finden sich Verweise auf Beschreibungen in dem bibliographischen Schrifttum oder, wo dies versagte, auf Anführungen in den bisherigen Zusammenstellungen bei Savigny 5, 563f. und Gandini 73—79; war der Druck auch hier nicht genannt, so wurde er als „unbekannt" bezeichnet. Schließlich wurden noch die von mir selbst gesehenen oder aus sicherer Quelle bekannten Abdrucke angeführt, die selbst gesehenen mit einem * vor dem Lagerort; unter diesem ist, wo nicht anderes bemerkt, die hauptsächlichste Bücherei des Orts zu verstehen.

8. Nr. 1. Urdruck; zugleich Erstdruck der 5. Textstufe (E^1).

1491, 26. Nov. Venedig, Bernardinus (Stagninus) de Tridino de Monteferrato. 2°. Schrift gotisch. Einziger Band von 48 Bl., die Seiten zu zwei Spalten, enthaltend den Traktat von Bl. [1]^A—43^b, darauf Guido de Suzaria, tr. de tormentis, mit den Anmerkungen des Ludovicus Bologninus. — Vorrede, Tafel der (39) Abschnittsüberschriften, Seitentitel vorhanden, nicht: Paragraphennummern, Anmerkungen, Summarien, Sachenverzeichnis. — Beschrieben bei Panzer 3, 301 Nr. 1384, Hain 7465, Reichlings Appendices ad Hainii-Copingeri Repert. bibl. 5 (1909) 124f. — Abdrucke: *Berlin (Fm 3294), *Berlin (H 5494, hier fehlt auf Bl. [1]^A der Gesamttitel), Dresden, Leipzig, *Lucca Bibl. Capit., Padua Univ.-Bibl., St. Gallen.

Nr. 2. Erstdruck der 6. Textstufe (E^2).

1494, 24. April. Venedig, Baptista de Tortis. 2°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 48 (nicht 46) Blatt, die Seite zu 71 Zeilen in zwei Spalten. Im 1. Band (vom 22. Mai) Angelus Aretinus, tr. de maleficiis, mit den Anmerkungen des Augustinus Ariminensis. — Tafel der (40) Abschnittsüberschriften, Seitentitel, Anmerkungen des Bernardinus Landrianus (am Rande) vorhanden, nicht: Vorrede, Paragraphennummern, Summarien, Sachenverzeichnis. — Beschrieben bei Hain *7466, Olschki, Monumenta typo-

graphica (1903) Nr. 806. Dagegen ist der 1. Band, den ich aus *Berlin H 5452 und *Berlin Fu 11 522 kenne, m. W. noch nirgends beschrieben worden; man beachte, daß das Datum im Schlußtitel Bl. 65[b] 'quinto' einen Druckfehler darstellt. — Abdrucke: *Berlin (H 5452, bei Voullième, Die Incunabeln der kgl. Bibl. (1906) 4274 mit dem unter Nr. 3 gen. verwechselt), *Freiburg i. B. UB, *Freiburg i. B. meine Sammlung (früher Olschki, wertvoll durch hschr. Vergleichungen mit einer unbekannten Hs.); die Abdrucke in Göttingen, Königsberg, Neapel und Venedig gehören vielleicht unter Nr. 3.

Nr. 3.

1494, 24. April (in Wahrheit 1496), Venedig, Baptista de Tortis (in Wahrheit Paganinus de Paganinis). Fälschung von Nr. 2, doch ohne Seitentitel und zu 70 Zeilen. Beschrieben bei Panzer 3, 351 Nr. 1779. Die Verschiedenheit der beiden Ausgaben ergibt sich aus dem Augenschein; die von Proctor, Index (1898 f.) Nr. 5171 ausgesprochene Vermutung, daß Paganinus der Nachdrucker sei, kann ich bestätigen auf Grund des *Berliner Abdrucks (Fp. 1502), der im gleichen alten Einband das von Paganinus mit gleichen Lettern gedruckte Repert. aureum des Durantis (Hain *6520) vom 21. Febr. 1496 enthält; Druckjahr und Druckort ergeben sich weiter durch Vergleich mit Hain *12530, *2468 und *14005. Die Nichtbeachtung des oben genannten Druckfehlers durch Panzer 1778, der 'quarto' druckt, hat zur Annahme einer nicht vorhandenen weiteren Ausgabe und zu Widersprüchen innerhalb der Wiegendruckforschung geführt (Copinger 1632, Proctor Brit. Mus. 5171, Pellechet Dijon 4341 [richtig], Pellechet Cat. gén. 1153 [falsch], Collijn Upsala 112). Abdrucke: *Berlin (Fp. 1502, bei Voullième 3945 mit dem unter Nr. 2 gen. verwechselt), Dijon, London, Nürnberg, Upsala; s. auch unter 2.

Nr. 4.

1497, 11. Dez., o. O. (Venedig), Jacobinus Suigus de Sancto Germano (mit den Lettern des Baptista de Tortis). 2°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 48 Bl. Im ersten Band (vom 25. Nov., Venedig, bei de Tortis) Angelus. — Ausstattung wie in Nr. 2. — Beschrieben bei Copinger 2627, Castan, Cat. Inc. Bésançon Nr. 464. Burger vermutet im Register zu Hain (1895 ff.) als Druckort irrig Lyon, was durch das oben Gesagte widerlegt wird. — Abdrucke: Bésançon, *Bologna Coll. di Spagna, *Straßburg.

Nr. 5.

1498, 1. Dez. Mailand, Johannes de Lignano & Uldericus Scinzenzeler. 2°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 48 Bl. Im ersten Band Angelus. — Ausstattung wie in Nr. 2. — Beschrieben bei Panzer 2, 87

Nr. 537; Hain * 1633. — Abdrucke: Marburg, *Modena, Sammlung des † Grafen L. A. Gandini, *München UB, Wolfenbüttel, Trier (in Voullièmes Incunabeln der öff. Bibl. . . . der Stadt Trier. Nr. 1697 dem „pisanischen" Stil gemäß in 1499 umgerechnet, was ich zur Zeit nicht nachprüfen kann).

Nr. 6.

1502, 6. März, o. O. (Lyon), Nicolaus de Benedictis. 2°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 42 Bl. Im ersten Band Angelus und Guido. — Ausstattung wie in Nr. 2. — Unbekannt. Der Druckort ergibt sich aus der Tätigkeit des de' Benedetti, vgl. Panzer 7, 276 Nr. 5 mit 278 Nr. 17. — Abdrucke: *Halle, *Heidelberg.

Nr. 7.

1504, 13. Nov. Mailand, Johannes Jacobus de Legnano nebst Gebrüdern & Leonardus Pachel. 2°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 41 Bl. Im ersten Band Angelus und Guido. — Tafel mit 39 Abschnittsüberschriften, Spaltentitel, sonst die Ausstattung wie in Nr. 2. — Unbekannt. — Abdrucke: Basel, *Freiburg i. B., *Rom Casanatensis.

Nr. 8.

1508. Lyon, Stephanus Guey(g)nard & Jannot de Campis. 8°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 80 Bl. Im ersten Band Angelus und Guido. — Ausstattung wie in Nr. 2. — Beschrieben bei Panzer 7, 290 Nr. 122; Hiersemann, Kat. 482 (1920) Nr. 94 (das daselbst Nr. 93 beschriebene und auf „ca. 1510" bestimmte Buch ist Bd. 1). — Abdrucke: *Freiburg i. B., *Leipzig (aus Bieners Nachlaß), Wernigerode.

Nr. 9.

1514, 23. Juni, Mailand, Johannes Jacobus de Legnano nebst Gebrüdern & Johannes Angelus Scinzenzeler. 2°. Schrift gotisch. Erster Band von 172 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 131—172, den Traktat. Im zweiten Band Guido, im dritten Franciscus Brunus, tr. de indiciis et tortura, im vierten Bonifacius de Vitalinis, tr. de maleficiis. — Tafel der Überschriften am Schluß, sonst Ausstattung wie in Nr. 7. — Unbekannt. — Abdruck: *Breslau (ohne Bd. 2).

Nr. 10.

1514, 23. Sept. Lyon, Stephanus Gueynard & Johannes Moylin. 8°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 80 Bl. Im ersten Band Angelus und Guido. — Ausstattung wie in Nr. 2. — Beschrieben bei Panzer 7, 307 Nr. 255. Die irrige Angabe des Bernardinus de Landriano (vgl. Nr. 2) als Verleger bei Savigny, dem Gandini folgt, beruht auf Arisi am § 4 zu P gen. Ort 1, 135. — Abdrucke: *Marburg, Wien.

Nr. 11.

1518, 10. Sept. Venedig, Philippus Pincius. 2°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 40 Bl. Im ersten Band Angelus. — Keine Tafel der

Überschriften, sonst Ausstattung wie in Nr. 7. — Unbekannt. — Abdrucke: *Innsbruck, Zürich.

Nr. 12.

1521, ... Lyon, Stephanus Gueynard & Johannes Moylin. 8°. Schrift gotisch. Zweiter Band von . . . Bl. Im ersten Band (vom 5. April) Angelus. Ausstattung vermutlich wie in Nr. 11, wonach der erste Band gedruckt ist. — Unbekannt. — Abdrucke bisher nicht auffindbar, ihr einstiges Vorhandensein ergibt sich aus den Angaben im Gesamttitel vor dem ersten Band, der in *Dresden, *Paris Bibl. des Avocats vorhanden ist.

Nr. 12a.

1522, 8. Aug. Mailand, Johannes Jacobus de Lignano nebst Gebrüdern & Johannes Angelus Scinzenzeller. 2°. Ein Band von . . . Bl., enthaltend Angelus (vom 10. Okt.) und den Traktat. Ausstattung vermutlich wie in Nr. 9, wonach die Ausgabe gedruckt sein muß. — Beschrieben bei Argelati, Bibl. Script. Mediol. 2 (1745) 770, danach, da bisher kein Abdruck bekannt ist, die obigen Angaben. Argelatis Angaben können nicht auf Verwechslung mit einem anderen Druck ruhen, stimmen aber vollkommen mit Nr. 9, auch lassen sich die Verleger noch 1522 nachweisen. Die Ausgabe ist danach ziemlich gewiß vorhanden gewesen. Die Unauffindbarkeit beweist bei der ungemeinen Seltenheit der italien. Drucke um 1520 hier sowenig etwas wie bei Nr. 12 und 13.

Nr. 13. Erstdruck der 7. Textstufe (E^3).

Um 1523 (1519? . . . . 1525?). Venedig, Philippus Pincius (vermutlich: 8^0 oder 2^0). Schrift gotisch. Ein Band von . . . Bl., die Seite zu zwei Spalten, enthaltend außer dem Traktat noch Angelus und Bonifacius. — Ausstattung vermutlich: Vorrede, Tafel der (39) Abschnittsüberschriften, Spaltentitel, Paragraphennummern, die Anmerkungen des Bernardinus (am Rand), nicht: Summarien und Sachenverzeichnis. Unbekannt und bisher in keinem Abdruck nachweisbar, obwohl alle großen europäischen Büchereien und 52 deutsche und österreichische angefragt wurden. Das einstige Vorhandensein ergibt sich aber mit Gewißheit aus dem unten § 19 Gesagten.

Nr. 14.

1526. Lyon, Jacobus q.[uondam] Francisci de Giuncta nebst Genossen & Benedictus Bonnyn. 8°. Schrift gotisch. Erster Band von 428 Bl., enthaltend Angelus mit eingeschobenen 'allegationes in causa adulterij' des Alexander de Tartagnis und des Ugolinus de Arimino, darauf, von Bl. cccxxj^a—ccccxxviij^b, der Traktat. Im zweiten Band (vom

4. Mai) Bonifacius nebst angehängter Quaestio 'de clericis relinquentibus habitum' des Joh. Andreae. — Vorrede, Tafel, der (39) Abschnittsüberschriften, Seitentitel, zwei Spalten, Paragraphennummern, die Noten des Bernardinus (am Rand), Summarien zu jedem Paragraphen vor jedem Abschnitt, Sachenverzeichnis (für Angelus und Gandinus gemeinsam). — Beschrieben bei Panzer 9, 521 Nr. 536b, der jedoch den Druck für einen Bestandteil von Jason Mayno de actionibus, Lyon 1526 bei Joh. Crespynus & Jac. qu. Franc. de Giuncta hält, der in dem von ihm benutzten Abdruck in Leipzig vorgebunden war; danach die Angaben bei Savigny und Gandini. — Abdrucke: *Greifswald, *Leipzig, *Rom Vatikan, *Salzburg Benediktinerstift St. Peter.

Nr. 15.

1530, ohne Ort und Drucker(?). 8°. Schrift gotisch. Zweiter Band von 84 Bl. Im ersten Band Angelus, im dritten Bonifacius. — Besonderes Sachenverzeichnis, sonst Ausstattung wie in Nr. 14. — Unbekannt. — Abdruck: *Würzburg (hier fehlt das letzte Bl. zu Bd. 1, worauf vielleicht der Erscheinungsvermerk stand).

Nr. 16.

1532, 20. April. Lyon, Jacobus q. Francisci de Giuncta nebst Genossen & Benedictus Bonnyn. 8°. Schrift gotisch. Erster Band von 428 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. cccxxj[a]—ccccxxviij[b] den Traktat. Im zweiten Band (vom 12. Mai) Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 14. — Angeführt bei Savigny und danach bei Gandini. — Abdrucke: *Berlin, *Bologna, Marburg, Wien.

Nr. 17.

1535. Lyon, Vincentius de Portonariis & Johannes Moylin. 2°. Schrift gotisch. Ein Band von 222 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 129[a]—173[d], den Traktat, darauf Bonifacius. — Gemeinsames Sachenverzeichnis zu allen drei Teilen, sonst Ausstattung wie in Nr. 14. — Unbekannt. — Abdruck: *Königsberg.

Nr. 18.

1542. Lyon, Jacobus de Giuncta & Benedictus Bonnyn. 8°. Schrift gotisch. Erster Band von 428 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. cccxxj[a]—ccccxxviij[b], der Traktat. Im zweiten Band (vom 18. August) Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 14. — Unbekannt. — Abdrucke: *Berlin, *Rom Bibl. Naz.

Nr. 19.

1542. Lyon, Stephanus Rufinus & Johannes Ausultus. 2°. Schrift gotisch. Ein Band von 221 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 129[a] bis 173[d], der Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 17. — Unbekannt. — Abdrucke: *Breslau, *Freiburg i. B.

Nr. 20.

1551. Lyon, Dyonisius Harsaeus. 2°. Schrift lateinisch. Ein Band von 284 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 165[a]—223[d], der Traktat, darauf Bonifacius. — Die Anmerkungen am Schluß der Abschnitte, sonst Ausstattung wie in Nr. 17. — Beschrieben (Abbildung des Titelblatts) im Auktionskatalog der Bücherei J. B. Holzinger († 1912), Graz, von O. Weigel in Leipzig. — Abdrucke: *Breslau, *Freiburg i. B., Leipzig, Marburg.

Nr. 21.

1555. Lyon, Erben des Jacobus Junta. 8°. Schrift lateinisch. Zweiter Band von 704 Seiten, enthaltend den Traktat von S. 3[a]—305[b], darauf Bonifacius, darauf Paulus Grillandus, tr. de relaxatione carceratorum und tr. de quaestionibus et tortura, darauf Baldus de Periglis, tr. de quaestionibus et tormentis, darauf Jacobus de Arena, tr. de quaestionibus. Im ersten Band Angelus. — Zu jedem Band ein Sachenverzeichnis, sonst Ausstattung wie in Nr. 20. — Angeführt bei Savigny, Gandini; Hiersemann, Kat. 482 (1920) Nr. 403. — Abdrucke: Basel, *Bologna, Breslau, *Freiburg i. B. meine Sammlung, Göttingen, Königsberg, London, Modena, Paris, Rom Vatikan, Verona.

Nr. 22.

1555. Venedig, Cominus de Tridino. 8°. Schrift lateinisch. Zweiter Band von 208 Bl., enthaltend, von Bl. 1[a]—102[b], den Traktat, darauf Bonifacius. Im ersten Band Angelus. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Unbekannt. — Abdrucke: *Bologna, *Breslau.

Nr. 23.

1560. Venedig, P. Hieronymus Lilius. 8°. Schrift lateinisch. Zweiter Band von 663 Seiten, enthaltend, von Bl. 3[a]—294[b], den Traktat, darauf Bonifacius, Grillandus, Baldus de Periglis, Jacobus de Arena. Im ersten Band (von Dominicus Lilius schon 1558 gedruckt) Angelus. — Ausstattung wie in Nr. 21. — Unbekannt. — Abdrucke: *Florenz, *Rom Bibl. Univ., Rom Chigi, Padua Bibl. Univ.

Nr. 24.

1573. Venedig, Cominus de Tridino. 8°. Schrift lateinisch. Ein Band von 484 Bl., Angelus, darauf, von Bl. 281[a]—381[d], der Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Angeführt bei Savigny, danach Gandini. — Abdrucke: *Berlin, *Florenz Bibl. Naz., *Florenz Bibl. Marucelliana.

Nr. 25.

1578. Venedig, Petrus Dusinellus als Drucker für verschiedene Verleger: a) Franciscus de Franciscis Senensis, b) Joannes Baptista Sessa, c) Ad Candentis Salamandrae insigne (!). 8°. Schrift lateinisch. Ein Band von 468 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 269[a]—368[b], den Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Unbekannt.

— Abdrucke (ohne Unterscheidung der Spielart angeführt): *Berlin Bibl. d. krim. Sem. d. Univ., *Florenz Bibl. Marucelliana, *Halle, Rom Casanatensis.

Nr. 26.

1584. Venedig, Petrus Dusinellus. 8°. Schrift lateinisch. Ein Band von 468 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 269ª—368ᵇ, der Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Angeführt bei Savigny (der 4° angibt), danach Gandini. — Abdrucke: *Berlin, *Bologna, *Florenz Marucelliana, *Florenz Bibl. degli Avvocati, *Paris.

Nr. 27.

1598. Venedig, Societas Minima. 8°. Schrift lateinisch. Ein Band von 468 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 269ª—368ᵇ, den Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20.— Angeführt bei Savigny, danach Gandini, ferner Hiersemann, Kat. 482 (1920) Nr. 8. — Abdrucke: *Freiburg i. B. meine Sammlung, *Florenz, *Münster, Oxford, Paris, *Rom Bibl. Naz.

Weitere Drucke?.

9. Daß weitere Ausgaben erschienen und sogar noch vorhanden sind. ist sehr wohl möglich, ja von vornherein anzunehmen. Dagegen sind die bisher von anderen Schriftstellern außer den aufgezählten Drucken genannten nie dagewesen; in jedem Fall ließ sich das Mißverständnis oder das Versehen aufklären. Der Leser wird mir gewiß den Nachweis im einzelnen erlassen und sich mit einer bloßen Aufzählung begnügen.

'1492', angeführt im hschr. *Verzeichnis der jetzt zerstreuten Bücher des Klosters von S. Giustina zu Padua, daselbst Bibl. civica BP. 389, Bd. 5 unter 'Gandino', und danach, jedoch mit dem Druck- oder Lesefehler:

'1496', von A. Gloria, Monumenti della Università di Padova 1 (1884) 291: Verwechslung mit Nr. 1 (1491).

'1544, Venetiis (!) Lugd (!) apud Iacobum Gimate (!)', angeführt von Gandini nach Mitteilung Busis: Lese- und Druckfehler für Nr. 18, 1542: 'Ueneūt Lugd. apud Iacobū Giūcti.'

'1551, Lyon bei Gryphius', angeführt von Affo-Pezzana, Memorie d. scritt. e lett. Parmigiani 6, 2 (1827) 458: Verwechslung mit Nr. 20, Lyon 1551 'au léon moucheté' bei Harsaeus.

'1559, Köln', angeführt von Lieberkühn im Allg. Litterarischen Anzeiger 4 (1799) Sp. 977 und danach von Savigny, dem Gandini folgt: Druckfehler und Verwechslung mit der Ausgabe des Angelus Köln 1599, der letzten, aber Gandinus nicht mehr enthaltenden Ausgabe dieses Werkes (apud viduam Falckenberg).

'1578, Venedig bei Cominus', angeführt von Arisi am § 4 zu P gen. Ort 1, 135, und danach von Savigny, dem Gandini folgt: Druckfehler für Nr. 24, Ven. 1573 bei Cominus.

'1699, Köln in 4°', angeführt von Savigny, dem Gandini folgt,

Nr. 20.

1551. Lyon, Dyonisius Harsaeus. 2⁰. Schrift lateinisch. Ein Band von 284 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 165ᵃ—223ᵈ, der Traktat, darauf Bonifacius. — Die Anmerkungen am Schluß der Abschnitte, sonst Ausstattung wie in Nr. 17. — Beschrieben (Abbildung des Titelblatts) im Auktionskatalog der Bücherei J. B. Holzinger († 1912), Graz, von O. Weigel in Leipzig. — Abdrucke: *Breslau, *Freiburg i. B., Leipzig, Marburg.

Nr. 21.

1555. Lyon, Erben des Jacobus Junta. 8⁰. Schrift lateinisch. Zweiter Band von 704 Seiten, enthaltend den Traktat von S. 3ᵃ—305ᵇ, darauf Bonifacius, darauf Paulus Grillandus, tr. de relaxatione carceratorum und tr. de quaestionibus et tortura, darauf Baldus de Periglis, tr. de quaestionibus et tormentis, darauf Jacobus de Arena, tr. de quaestionibus. Im ersten Band Angelus. — Zu jedem Band ein Sachenverzeichnis, sonst Ausstattung wie in Nr. 20. — Angeführt bei Savigny, Gandini; Hiersemann, Kat. 482 (1920) Nr. 403. — Abdrucke: Basel, *Bologna, Breslau, *Freiburg i. B. meine Sammlung, Göttingen, Königsberg, London, Modena, Paris, Rom Vatikan, Verona.

Nr. 22.

1555. Venedig, Cominus de Tridino. 8⁰. Schrift lateinisch. Zweiter Band von 208 Bl., enthaltend, von Bl. 1ᵃ—102ᵇ, den Traktat, darauf Bonifacius. Im ersten Band Angelus. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Unbekannt. — Abdrucke: *Bologna, *Breslau.

Nr. 23.

1560. Venedig, P. Hieronymus Lilius. 8⁰. Schrift lateinisch. Zweiter Band von 663 Seiten, enthaltend, von Bl. 3ᵃ—294ᵇ, den Traktat, darauf Bonifacius, Grillandus, Baldus de Periglis, Jacobus de Arena. Im ersten Band (von Dominicus Lilius schon 1558 gedruckt) Angelus. — Ausstattung wie in Nr. 21. — Unbekannt. — Abdrucke: *Florenz, *Rom Bibl. Univ., Rom Chigi, Padua Bibl. Univ.

Nr. 24.

1573. Venedig, Cominus de Tridino. 8⁰. Schrift lateinisch. Ein Band von 484 Bl., Angelus, darauf, von Bl. 281ᵃ—381ᵈ, der Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Angeführt bei Savigny, danach Gandini. — Abdrucke: *Berlin, *Florenz Bibl. Naz., *Florenz Bibl. Marucelliana.

Nr. 25.

1578. Venedig, Petrus Dusinellus als Drucker für verschiedene Verleger: a) Franciscus de Franciscis Senensis, b) Joannes Baptista Sessa, c) Ad Candentis Salamandrae insigne (!). 8⁰. Schrift lateinisch. Ein Band von 468 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 269ᵃ—368ᵇ, den Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Unbekannt.

— Abdrucke (ohne Unterscheidung der Spielart angeführt): *Berlin Bibl. d. krim. Sem. d. Univ., *Florenz Bibl. Marucelliana, *Halle, Rom Casanatensis.

Nr. 26.

1584. Venedig, Petrus Dusinellus. 8°. Schrift lateinisch. Ein Band von 468 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 269[a]—368[b], der Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20. — Angeführt bei Savigny (der 4° angibt), danach Gandini. — Abdrucke: *Berlin, *Bologna, *Florenz Marucelliana, *Florenz Bibl. degli Avvocati, *Paris.

Nr. 27.

1598. Venedig, Societas Minima. 8°. Schrift lateinisch. Ein Band von 468 Bl., enthaltend Angelus, darauf, von Bl. 269[a]—368[b], den Traktat, darauf Bonifacius. — Ausstattung wie in Nr. 20.— Angeführt bei Savigny, danach Gandini, ferner Hiersemann, Kat. 482 (1920) Nr. 8. — Abdrucke: *Freiburg i. B. meine Sammlung, *Florenz, *Münster, Oxford, Paris, *Rom Bibl. Naz.

Weitere Drucke?.

9. Daß weitere Ausgaben erschienen und sogar noch vorhanden sind. ist sehr wohl möglich, ja von vornherein anzunehmen. Dagegen sind die bisher von anderen Schriftstellern außer den aufgezählten Drucken genannten nie dagewesen; in jedem Fall ließ sich das Mißverständnis oder das Versehen aufklären. Der Leser wird mir gewiß den Nachweis im einzelnen erlassen und sich mit einer bloßen Aufzählung begnügen.

'1492', angeführt im hschr. *Verzeichnis der jetzt zerstreuten Bücher des Klosters von S. Giustina zu Padua, daselbst Bibl. civica BP. 389, Bd. 5 unter 'Gandino', und danach, jedoch mit dem Druck- oder Lesefehler:

'1496', von A. Gloria, Monumenti della Università di Padova 1 (1884) 291: Verwechslung mit Nr. 1 (1491).

'1544, Venetiis (!) Lugd (!) apud Iacobum Gimate (!)', angeführt von Gandini nach Mitteilung Busis: Lese- und Druckfehler für Nr. 18, 1542: 'Ueneũt Lugd. apud Iacobũ Giũcti.'

'1551, Lyon bei Gryphius', angeführt von Affo-Pezzana, Memorie d. scritt. e lett. Parmigiani 6, 2 (1827) 458: Verwechslung mit Nr. 20, Lyon 1551 'au léon moucheté' bei Harsaeus.

'1559, Köln', angeführt von Lieberkühn im Allg. Litterarischen Anzeiger 4 (1799) Sp. 977 und danach von Savigny, dem Gandini folgt: Druckfehler und Verwechslung mit der Ausgabe des Angelus Köln 1599, der letzten, aber Gandinus nicht mehr enthaltenden Ausgabe dieses Werkes (apud viduam Falckenberg).

'1578, Venedig bei Cominus', angeführt von Arisi am § 4 zu P gen. Ort 1, 135, und danach von Savigny, dem Gandini folgt: Druckfehler für Nr. 24, Ven. 1573 bei Cominus.

'1699, Köln in 4°', angeführt von Savigny, dem Gandini folgt,

unter Berufung auf den Lit. Anzeiger a. a. O. Verwechslung mit der dort gen. Angelusausgabe, deren Nennung ihrerseits auf einem Druckfehler für 1599 beruht.

Ergebnisse.

10. Nach Ausscheidung der eben angeführten Fehlangaben ergibt sich, daß von den ermittelten 28 Drucken (wobei wir Nr. 12a doch wohl mitzählen dürfen) Savigny bereits 11 gekannt hat, nämlich Nr. 1, 3, 5, 8, 10, 14, 16, 21, 24, 26, 27. Zwei weitere konnte Gandini hinzufügen, nämlich Nr. 2 und 4. Wenn ich noch weitere 15 ermitteln konnte, so danke ich dies vor allem den unschätzbaren Einrichtungen des „Preußischen Gesamtkatalogs", des „Auskunftsbüros der deutschen Bibliotheken" und seiner „Suchliste". In ersterem, den ich 1907 an der Berliner Geschäftsstelle persönlich benutzen durfte, fand ich 17 Ausgaben verzettelt, allerdings zehn davon mit jetzt meist verbesserten Fehlern aufgenommen; vier weitere machte die Auskunftsstelle namhaft, und noch zwei lockte die Suchliste hervor.

Weiter muß an dieser Stelle hervorgehoben werden, daß von den 28 Ausgaben drei verschollen scheinen, nämlich Nr. 12, 12a, 13, und vier in nur einem Abdruck nachweisbar waren, nämlich Nr. 6, 9, 15, 17. Es beweist dies wieder einmal die von Sammlern, Forschern und Verwaltungen gleichmäßig vernachlässigte Tatsache, daß die Drucke des frühen 16. Jh. viel seltener sind als die des späten 15. Jh. Die sonstigen Ergebnisse betreffen die Abstammungsverhältnisse, denen wir uns nun zuwenden.

Schluß der Abhandlung im folgenden Bande.

II.

Über die oratio Claudii de iure honorum Gallis danda und Verwandtes.

Von

Herrn Professor Dr. **Eduard Grupe**

in Heidelberg.

In dem geistreichen Pamphlet *Senekas*[1]), der „Verkürbissung" (Apocolocyntosis) des Kaisers Claudius, liest man im Kap. 12 eine Nänie, die beim Leichenzuge des Herrschers, dem dieser als Schatten selbst zuschauen muß, zu seinem Preise gesungen wird. Darin kommen die Verse vor

'ille Britannos *ultra nota*
litora ponti
dare Romuleis colla catenis
iussit et ipsum nova Romanae
iura securis tremere *Oceanum*'.

Die groteske Übertreibung 'ultra nota litora ponti' nimmt natürlich in der grotesken Schrift nicht weiter wunder. Aber ist es nicht auffallend, daß in der bekannten inschriftlich erhaltenen oratio Claudii de iure honorum Gallis danda[2]) vom Jahre 48, die Tacitus ann. XI, 23—25 einer umstilisierten Wiedergabe gewürdigt und die seinerzeit gewiß das größte Aufsehen gemacht hat, der Kaiser höchstpersönlich ebenfalls sagt (I, 37ff.): 'iam si narrem bella . . ., vereor ne nimis insolentior esse videar et quaesisse iactationem *gloriae prolati imperii ultra Oceanum*'?[3])

---

[1]) Abgedruckt auf S. 225—236 von Büchelers Petronii satirae, 3. Aufl. Berlin 1895, neuerdings behandelt und als „politische Broschüre" bezeichnet von A. Rosenberg in seinem Buche „Einleitung und Quellenkunde zur römischen Geschichte", Berlin 1921, S. 103.

[2]) S. fontes iuris romani antiqui, ed. Bruns; septimum edidit O. Gradenwitz, Tübingen 1909, S. 195—198 (Nr. 52).

[3]) S. Sueton, Claudius, cap. XVII: 'inter hostilia spolia navalem coronam fastigio Palatinae domus iuxta civicam fixit, traiecti et quasi

Es ist ganz dieselbe selbstgefällige Übertreibung, wie sie in jenen Versen parodistisch vorgeführt wird. Aber nicht nur die Sache wird parodiert, sondern zugleich mit ihr auch das Wort 'ultra'; denn daß es ein Lieblingswort des Kaisers war, zeigt sich darin, daß es in der gleichen oratio noch dreimal erscheint, nämlich II 26. 27. und 39., an letzterer Stelle besonders ungewöhnlich 'quamvis nihil ultra (statt amplius, vgl. VIR. I, 423) quam ut publice notae sint facultates nostrae, exquiratur'.

Wenn in dem Pamphlet, dessen kurzer, gedrungener Stil jedem beim Lesen auffällt, sich im Gegensatz dazu das Redefragment, das (apocol. cap. 7) dem Kaiser in den Mund gelegt ist, von dem es cap. 5 heißt, er rede 'perturbato sono et voce confusa', als ein holpriges Gemengsel von Haupt- und Nebensätzen — 'quantum intellegi potuit, haec visus est dicere' — darstellt:

> 'tu scis, *quantum* illic miseriarum tulerim, *cum* causidicos audirem diem et noctem, *in quos* si incidisses, valde fortis *licet* tibi videaris, maluisses cloacas Augeae purgare: multo plus ego stercoris exhausi',

so ist das natürlich Absicht: ein unbehülflicher Stotterer (quid diceret nemo intellegebat, cap. 6) wird karrikiert! Ein Blick in die oratio Claudii läßt nun in deren einzelnen Teilen ganz ähnliche stilistische Schwerfälligkeiten[1]) wie in jenem Redefragment des Pamphlets erkennen; ich hebe zwei markante Stellen heraus:

> I, 12ff.: 'is propter temeratum sanguinem, *quod* patre Demarato Corinthio natus erat et Tarquiniensi matre, generosa sed inopi, *ut quae* tali marito necesse habuerit succumbere, *cum* domi repellere-

---

domiti Oceani insigne'. Vergl. hierzu S. 475 des 1. Bandes der 'Kleinen Schriften' Büchelers (1915).

[1]) Auch Hardy (Three spanish Charters and other documents, Oxford 1912) schreibt (S. 120), von des Claudius edictum de civitate Anaunorum (Bruns⁷, S. 253) ausgehend: 'in style the first part of the edict is confused and diffuse, not to the same extend as the speech about the Gallic civitas, but showing some of the same characteristics'. Und da meinte Diderot (essai sur les règnes de Claude et de Néron, S. 57): Claude s'exprimait avec élégance, quand il s'était préparé!

tur a gerendis honoribus, *postquam* Romam migravit, regnum adeptus est';

II, 38ff.: 'quod opus *quam* arduum sit nobis, nunc cum maxime, *quamvis* nihil ultra, *quam ut* publice notae sint facultates nostrae, exquiratur, nimis magno experimento cognoscimus'.

Also auch in der Stilisierung der aus der Apocol. angeführten Stelle eine Parodie!

Kein Wunder, wenn dem Beobachter der Gedanke kommt, es möchte sich die Parodie noch weiter auf Ausdrücke und Wendungen erstrecken. Sehen wir also näher zu!

1. In der Inschrift I, 13. hören wir von dem 'Antiquar' Claudius (cf. Seneca, apocol. c. 5: gaudet esse illic *philologos* homines) in einem pedantischen Exkurse[1]), daß 'propter temeratum *sanguinem*' als Sprößling des Ausländers Demaratus und einer einheimischen Adligen Tarquinius Priskus habe auswandern müssen. Auch im Pamphlet wird mit *sanguis* operiert und zwar in bezug auf Claudius selbst; denn es heißt cap. 9: cum divus Claudius et divum Augustum *sanguine* contingat nec minus 'divam Augustam aviam suam usw.

2. Das Wörtlein *ecce* muß auch so etwas wie ein Lieblingswort des Kaisers gewesen sein. Zweimal gebraucht er es in der oratio zur Einführung von etwas Neuem, so II, 9 'ornatissima *ecce* colonia valentissimaque Viennensium, quam longo iam tempore senatores huic curiae confert' und II, 23 'tot *ecce* insignes iuvenes, quot intueor'. Im Pamphlet (c. 11) steht entsprechend: '*ecce* Iuppiter, qui tot annos regnat.'

3. Claudius spricht I, 29 der Inschrift von dem dictaturae imperium als '*valentius* repertum hoc ipso consulari (imperio)' und nennt II, 9 die colonia Viennensium 'ornatissima *valentissimaque*'. Im Pamphlet (c. 7) steht, von Herkules gesagt: Claudius ut vidit virum *valentem*.

4. Ich gehe so weit, zu glauben, daß in der oratio Claudii das II, 8 stehende '(reiciendos) *puto*' seinerzeit, weil in einer Staatsschrift stehend, derartig aufgefallen ist, daß es der Pamphletist (cap. 4) auch in der 'ultima vox' des Kaisers,

---

[1]) So Rosenberg auf S. 10 von „Einleitung und Quellenkunde".



in dem erstaunlichen[1]) 'vae me, *puto*, concacavi me', figurieren läßt. Es ist eben auch ein Lieblingswort des Kaisers (s. später!); sonst stände es nicht in den orationes de decuriis iudicum (Nr. 53 bei Bruns[7]) gleich zweimal, nämlich I, 4 (neque enim iniquum[2]) est, *ut puto*, hoc . . . iudicare) und (so sicher ergänzt) I, 8. Wie raffiniert also von Seneka, dies aus seiner juristischen Praxis dem Kaiser geläufig gewordene Wort auch noch in seiner ultima vox aufmarschieren zu lassen! Freilich hatte er einen frechen Vorgänger in dem Helden der von Sueton (Claudius, cap. XV) erzählten Geschichte: 'Usque eo Claudius eviluit, ut passim ac propalam contemptui esset. Excusans quidam testem e provincia ab eo vocatum negavit praesto esse posse, dissimulata diu causa, ac post longas demum interrogationes: „Mortuus est, inquit; *puto*, licuit."[3])

5. Vielleicht gehört auch das den juristischen Schriftstellern so geläufige *sane* hierher, das sich II, 1 '*sane* novo more usw.' findet. Im Pamphlet erscheint es cap. 5: 'tum Hercules primo aspectu *sane* perturbatus est' und cap. 13: '*sane* non quem velis tibi in tenebris occurrere'.

6. II, 2 heißt es mit großer Geste: 'et divus Augustus *avonculus meus* et patruus Caesar' und im Pamphlet (c. 10) ruft dieser divus Augustus dem Claudius in seiner Rede zu: 'tu Messalinam, cuius aeque *avunculus* maior eram quam *tuus*, occidisti'. Was ist das anderes als Parodie?

7. In I, 14 liest man 'Tarquiniensi matre, generosa sed

---

[1]) Wirklich so erstaunlich? Erzählt doch Sueton (Claudius, cap. XXXII) von Claudius: dicitur etiam meditatus edictum, quo veniam daret *flatum crepitumque ventris* in convivio emittendi, cum periclitatum quendam prae pudore ex continentia reperisset!

[2]) Im Pamphlet c. 14 steht ebenfalls: Claudio magis *iniquum* videbatur quam novum.

[3]) Dafür, daß die angezogenen orationes de decuriis iudicum mit Recht Claudius zugeschrieben werden, spricht außer dem behandelten Vorkommen von *puto* u. a. folgendes Sprachliche: 1. mit nimium volgatam (fraudem) II, 10 vergl. ed. Claudii de civ. Anaun. Z. 25 'non *nimium* firmam . . . originem' und or. Claudii I, 38 'ne *nimio* insolentior esse videar'; 2. unum *tantummodo* consulem III, 18, wozu vergl. ebenfalls ed. Claudii de civ. Anaun. Z. 9 'controversis . . ., quae *tantummodo* inter Comenses essent et Bergaleos', s. in diesem Aufsatze S. 37).

inopi, *ut quae* tali marito necesse habuerit succumbere' und im Pamphlet (cap. 5) 'Hercules primo aspectu perturbatus est, *ut qui* etiam non omnia monstra timuerit'.

8. II, 23 sagt der Kaiser 'tot ecce insignes iuvenes, quot *intueor* und II, 32 'si quis hoc *intuetur*'. Im Pamphlet (c. 10) lesen wir 'non vacat deflere publicas clades *intuenti* domestica mala' und schon vorher (cap. 5) 'diligentius *intuenti* visus est quasi homo'.

9. II, 37 und 38 steht: cum a census novo tum opere et inadsueto Gallis ad bellum *advocatus esset*. An dies wunderlich gebrauchte 'advocatus' erinnert wenigstens im Pamphlet (c. 14) 'advocatum non invenit'. Ich darf dabei darauf hinweisen, daß auch Cod. Iust. 2, 13, 1, pr. (Diocletian) in einer auszugsweise wiedergegebenen Constitution des Claudius steht: divine admodum constituit divus Claudius consultissimus princeps parens noster, ut iactura causae adficerentur ii, qui sibi potentiorum patrocinium *advocassent* (statt etwa adrogassent).

10. Schließlich: könnte das I, 15 stehende 'odi illud *Palaestricum prodigium*' (mit dem Valerius Asiaticus gemeint ist, s. Tac. ann. XI, 1—3) hauptstädtischen Ohren nicht sonderbar genug geklungen haben, um ein ebenso sonderbares '*Saturnalicius princeps*'[1]) (c. 8) bei dem Pamphletisten hervorzurufen, dem es dann später allein Martial nachgebraucht hat (5, 20, 1; 5, 31, 8; 7, 90, 2 usw.)? —

Sei dem nun im einzelnen, wie ihm wolle, merkwürdig bleibt es auf alle Fälle, daß sich in dem Pamphlet des Seneka auf so kleinem Raume so viele Anklänge an jene oratio Claudii finden. Sie muß wohl ihrer staatsrechtlichen Bedeutung wegen im Vordergrund des Interesses gestanden haben, als sie, 6 Jahre vor des Kaisers Ende, gehalten und veröffentlicht worden war, und muß mit ihren sprachlichen Besonderheiten oder vielmehr Absonderlichkeiten so aufgefallen sein, daß der Satiriker sich ihrer hinterher als Stoffquelle bedienen konnte. —

---

[1]) Vgl. Sueton, Claudius, c. V: 'Tiberius patruus petenti (Claudio) honores consularia ornamenta detulit. Sed instantius legitimos flagitanti, id solum codicillis rescripsit: Quadraginta aureos *in Saturnalia* et Sigillaria misisse ei'; s. auch Birt, aus d. Leben d. Antike (1918), S. 192.

Das oben (unter 4) erwähnte 'puto' bringt mich darauf, daß Kaiser Claudius nicht nur Philolog, sondern auch Jurist war: Apocol. c. 12 heißt es 'deflete virum, quo non alius potuit citius discere causas . . . quis nunc iudex tot lites audiet anno' und Cod. Iust. II, 13, 1 nennt ihn 'consultissimus princeps'. Wo kam das 'puto' häufiger vor als in den (schriftlichen) Äußerungen der iuris consulti? Verwiesen sei auf VIR. Bd. II, wo ich unter 'et' auf S. 530 eine übergroße Menge Stellen zusammengebracht habe.

Sehen wir zu, ob sich nicht außerdem in der oratio Claudii allerlei findet, was juristischer Schreibweise entspricht! Ich verzeichne:

1. I, 14. 'necesse habere' findet sich im VIR. III, pag. 42 ff. mit 82 Stellen angegeben.

2. I, 25. 'esse coeperunt', s. VIR. I, pag. 774, wo zahlreiche Beispiele.

3. II, 5. quid ergo? s. VIR. II, pag. 521.

4. II, 12. (diligo) et *hodieque* (in rebus meis detineo) = auch heute noch; dazu vgl. Pomp. dig. I, 2, 2, 43 posuit et *hodieque* exstat pro rostris Augusti. Außerdem Ulp. dig. I, 13, 3; Paul. dig. XVIII, 1, 1, 1; Modest. dig. XXXI, 1, 54, 3. Cod. Iust. 2, 28, 1 (a. 290).

5. II, 31. *destricte* causa agenda est, *cf.* Ulp. dig. III, 3, 13 'haec sunt *destricte* deneganda; IV, 4, 7, 8 et *destricte* probandum est; IV, 8, 15, pr.: licet praetor *destricte* edicat sententiam.

Darauf, daß equidem (I, 2), et quidem (I, 5. II, 37); (generosa) sed (inopi) (I, 13); nempe (I, 26); non solum . . . sed quoque (I, 37) aus dem VIR. vielfältig belegt werden können, will ich kein Gewicht legen. Aber etwas anderes ist es doch, wenn ganze Redensarten der oratio Claudii in der juristischen Literatursprache wiederkehren:

1. I, 6 steht 'in quot *formas statusque* res publica nostra diducta sit'. Damit vgl. Ulp. dig. VIII, 2, 11, pr.: sciet se *formam ac statum* antiquorum aedificiorum custodire debere.

2. II, 27: 'ut vobis *digito demonstrem* (wie abstrus!) solum ipsum . . . mittere'; vgl. Paul. dig. XII, 1, 6 'an *digito ostendatur*'.

3. II, 30: *egressus* adsuetos familiaresque vobis pro-

vinciarum *terminos;* vgl. Pap. Dig. XVI, 3, 24: *egreditur* ea res depositi notissimos *terminos.*

4. II, 41: nimis magno *experimento cognoscimus;* vgl. Cod. Iust. VI, 54, 2 (Marcus): ipsis rerum *experimentis cognovimus.*

Diese Erscheinung ist nicht einmal auf die bisher behandelte oratio Claudii beschränkt. Ich greife zum bereits erwähnten edictum de civ. Anaun.[1]) (Nr. 79 bei Bruns[7]):

1. Z. 7 ex veteribus controversiis *pendentibus,* vgl. Iavol. dig. XXXXIII, 5, 5: controversia *pendet.*

2. Z. 9. (controversiae), quae *tantummodo* inter Comenses essent et Bergaleos. W. Kalb (comment. Woelfflin. S. 335: „bekannte Federn in Römischen Kaiser-Reskripten") behauptet, dies Lieblingswort Modestins (und, setze ich hinzu, Justinians) finde sich vor Gordian nur viermal in Reskripten, deren erstes aus dem Jahre 195 sei. Es ist das nun also ein Irrtum, wie sowohl diese, als auch die aus den orationes de decuriis bereits oben S. 34 angeführte Stelle zeigt (Reskript ist hier überall im weiteren Sinne genommen).

Die ganze Stelle lautet: 'cum ex veteribus controversiis pendentibus aliquamdiu etiam temporibus Ti. Caesaris patrui mei, ad quas ordinandas Pinarium Apollinarem miserat, quae tantummodo inter Comenses essent, *quantum memoria refero,* et Bergaleos.' Hardy (a. a. O. S. 127, Anm. 9) meint 'I would rather suggest that Claudius was correct about the facts and that 'quantum memoria refers' was a mere *trick of style*'. Ich glaube das auch und zwar um so mehr, als Seneka auch diese Redensart des geschäftigen Kaisers parodiert; denn cap. 7 der apocol. läßt er ihn lächerlicherweise zu Herkules sagen: 'qui me optime nosti; nam si *memoria repetis,* ego eram qui Tiburi ante templum tuum ius dicebam totis diebus mense Iulio et Augusto.'

3. Z. 15. *in rem praesentem* misi. Zu res praesens vgl. VIR. V, pag. 145.

4. Z. 22. *Quod ad* condicionem . . . *pertinet,* vgl. VIR. I, pag. 148 mit zahlreichen Stellen.

---

[1]) S. Rosenberg a. a. O. S. 11 und 12.

5. Z. 27. besonders merkwürdig: '*ita permixtum* cum Tridentinis, ut *diduci* ab iis sine gravi splendidi municipii iniuria *non possit*', womit zu vergleichen Ulp. dig. VI, 1, 3, 2: 'Pomponius scribit, si quid, quod . . ., *ita* confusum est atque *commixtum*, ut *deduci* (diduci Pa) et separari *non possit*'.

Ist das nun alles blöder Zufall? Schwerlich! Schöpft der schriftstellernde Kaiser aus der zeitgenössischen und ihr dann noch lange Zeit hindurch gleichbleibenden Zunftsprache? In vielem gewiß. Aber wie ihm Eigentümliches und zugleich Auffälliges zweifellos von Seneka aufgegriffen und parodiert ist, so wird, wenn ich recht sehe, ihm auch manches von den juristischen Schriftstellern nachgebraucht worden sein.

In Bruns[7]) ist unter Nr. 78 aufgenommen das *edictum de temporibus accusationum.* Diese Papyrusurkunde ist sowohl von Mitteis (Hermes, Bd. 32, und Mitteis-Wilcken, Chrestomathie Nr. 371 und S. 280fg.) als auch von Dareste (nouv. revue historique de droit français Bd. 22) und von Cuq (ebenda, Bd. 23) behandelt und von jenem dem Tiberius, von diesen beiden dem Nero zugeschrieben worden. Indem ich die von den französischen Gelehrten vertretene Ansicht, besonders auf Grund der Ausführungen von Cuq, für die richtige halte, bemerke ich, daß auch Cuq für seine Sache Senekas Apocolocyntosis herangezogen hat: Die Stellen cap. 12 'deflete virum, quo non alius potuit citius discere causas, una tantum parte audita saepe et neutra' und cap. 14 'Aeacus homo iustissimus . . . . illum (sc. Claudium) altera tantum parte audita condemnat et ait . . .' setzt er in Parallele zu der von dem neu edizierenden Kaiser (d. i. Nero) aus dem von ihm als 'praedicandum' bezeichneten älteren Edikte angeführten Bestimmung: 'scirent fore ut altera parte audita servaretur sententia aut secundum praesentem pronuntiaretur'.

Wir haben mithin hier ebenso die Vorlage für den burlesken Rechtsprechungsakt bei Seneka wie in der von mir bisher behandelten oratio Claudii die für die sprachliche Verulkung des unglücklichen Kaisers. —

Auf den ersten Blick könnte man, weil es im Eingange des von Mitteis, Dareste und Cuq behandelten Edikts (Nr. 78 bei Bruns[7]) heißt 'id quoque iure nobis praedicandum *puto*', vielleicht nach meiner obigen Ausführung über puto daran denken, gerade deswegen das Edikt dem Claudius selbst zuzuschreiben. Aber gleich der Eingang 'in multis bene factis consultisque divi parentis mei' steht dem entgegen. Ich habe nun für die Anwendung dieses von Seneka in so unsauberm Zusammenhange prostituierten Lieblingswortes des armen Schächers eine andere Erklärung, auf die mich Cuq gebracht hat. Wenn nämlich dieser meint, da Nero mit seiner scharf zum Ausdruck kommenden Billigung das Edikt des Claudius decke, so könne man vielleicht „voir dans cet édit une réponse à la satire écrite par Sénèque", warum soll ich da nicht annehmen, daß auch dies verhöhnte 'puto' ganz absichtlich von Nero gebraucht ist, von demselben Nero, der nach Sueton (cap. XVIII) 'etiam ex Britannia deducere exercitum cogitavit; nec nisi *verecundia*, ne *obtrectare parentis gloriae* videretur, destitit? Somit wäre an unserer Stelle das lächerliche Wörtlein 'puto', weit entfernt, für Claudius als Verfasser des Edikts zu sprechen, vielmehr ein weiteres Argument dafür, daß wir in Nero den Verfasser des edictum de temporibus accusationum anzunehmen haben.

Zum Schluß gestatte man mir noch einige Bemerkungen zu diesem Edikt:

1. Ich wundere mich, daß keiner der bisherigen Bearbeiter daran gedacht hat, zur Vergleichung das im Cod. Iust. 7, 63 (de temporibus . . . appellationum . . .), 5 stehende Edikt Justinians heranzuziehen, in dessen § 1 so bezeichnend zu lesen ist: 'sancimus, si quidem . . . causa fuerit more appellationum transmissa, primum semestre spatium *in antiqua definitione* permanere' (cf. col. I Ende im Edikt Neros — 'in Italia sex menses' —). An diese antiqua definitio, worunter doch wohl nur unser neronisches Edikt zu verstehen ist, erinnert im weiteren Verlaufe des überladenen justinianischen Textes mancher vorkommende Ausdruck, so

1. § 4. Anfang: 'si qui apud appellationis iudicem *intro-*

ductus sive ex una parte sive cognitionaliter appellationis imponat exordium, deinde relicta ea *discedat*; vgl. col. I. Z. 10 des Edikts: 'nec *discederent*, priusquam ad disceptandum *introducti essent*';

2. § 4. Mitte: 'cum adversarius potest et minime praesente appellatore litem exercere, quia hoc speciale privilegium eius est qui appellationi examinandae praesidet, posse *ex una parte* causam dirimere, iubemus sententiam contra eum totam in suo robore durare et ad effectum perduci'; vgl. col. I. Z. 12 des Edikts: 'scirent fore ut *altera parte audita* servaretur sententia aut secundum praesentem pronuntiaretur.'[1])

Daß in der Codexstelle noch andere Ausdrücke, wie z. B. indulgere (1a. 4), evenire (1), spatii prolixitate (1c), sancimus (1c), statuta tempora (5) vorkommen, die ihre Gegenbilder in dem Neronischen Edikte haben, sei nur nebenher bemerkt.

2. Nach einer mir von Herrn Professor Gradenwitz zur Verfügung gestellten Mitteilung des Herrn Professors Schubart in Berlin steht im Papyrus, col. I. Z. 16 'cum [p]raescripto', nicht 'praesipto', wie bisher gelesen wurde.

3. Auffällig ist die Verbindung des von Mommsen ergänzten 'aucupari' (col. I. Z. 16) mit dem Infinitiv. Die klassischen Juristen (s. VIR. s. v.) gebrauchen das Wort nur im eigentlichen Sinne, aber dann mit einem Akkusativ der Sache (s. Thes. l. l.). Im Anschluß daran sei erwähnt, daß im Edikt im bildlichen Sinne noch andere Ausdrücke gebraucht werden, die die klassischen Juristen nur im eigentlichen Sinne anwenden; dahin gehören (vgl. das VIR.): col. I Z. 6 fructum capere; col. I. Z. 14 excidere; col. I. Z. 17 conivere.

4. Ebenfalls auffällig ist das nach Analogie von festinato und properato als Adverb gebrauchte und singuläre

[1]) Ich verweise auch auf Cod. Iust. 3, 1 (de iudiciis), 13, 3: 'sin autem reus afuerit, iudex, secundum quod veteribus legibus cautum est, *ex una parte* cum omni subtilitate causam requirat' und ebenda § 6: 'sive autem alterutra parte absente sive utraque (parte) praesente lis fuerit decisa'.



maturato (col. II. Z. 12), etwa = quam maturissime, wie wir lesen in ganz ähnlichem Zusammenhange im Cod. Theod. 11, 30, 3 (a. 315): 'appellationum causas — ita audire debes, ut edicto quod super appellationum negotiis faciendis iam generaliter constitutum est — (durch unser Edikt?) — 'pareas atque eadem negotia *quam maturissime* explices.'

5. aliquid exilium (col. II. Z. 3) hat nichts Auffälliges, vgl. aliquid emolumentum bei Tryph. dig. XXXIV, 3, 27 und Ulp. dig. XI, 7, 12, 4. Im VIR. sind noch 23 Stellen mehr für diesen adjektivischen Gebrauch von aliquid verzeichnet.

6. Bezüglich des '*cum prosecutoribus* veniant' (col. II. Z. 7) sei verwiesen auf Macer dig. XXXXVIII, 3,7: 'solent praesides provinciarum, in quibus delictum est, scribere ad collegas suos, ubi factores agere dicuntur, et desiderare, ut *cum prosecutoribus* ad se remittantur; et id quoque quibusdam rescriptis declaratur.'

III.

Neue Juristen-Fragmente (Paulus) auf einem Berliner Pergamentblatt.

Von
Professor Dr. jur. et phil. **Paul M. Meyer**
in Berlin.

Der P. 11753 des Berliner Museums, den ich hier mit freundlicher Erlaubnis Wilhelm Schubarts veröffentliche, enthält drei Fragmente eines Blattes des Pergamentcodex, von dem schon das in Wien befindliche Blatt mit der sog. formula Fabiana[1]) bekannt ist. Daß es sich um Fragmente desselben Codex handelt, wird durch die gleiche Unzialschrift derselben Hand (saec. IV/VI, 44—51 Buchstaben in der Zeile) als sicher erwiesen. Das Blatt ist leider sehr schlecht erhalten: abgesehen von den ausgefallenen Zeilen am Ende des Fragmentes AB und am Anfang des Fragmentes C sind von vielen Zeilen nur wenige Buchstaben erhalten und auch diese manchmal fast ganz verlöscht, besonders an den Rändern der Fragmente. Die unmittelbare oder mittelbare Vorlage ist weiter nicht immer sorgfältig abgeschrieben, einzelne Wörter sind ausgelassen, eingefügt oder verwechselt. An drei Stellen finden sich Verbesserungen einer zweiten, kursiven Hand.

Folgende Abkürzungen werden verwandt; soweit sie auch auf dem Wiener Blatt vorkommen, habe ich sie durch einen Kreis (°) bezeichnet:

ann. = annus — a̅t̅ = autem — °b̅p̅ = bonorum possessio — °Ꞩ = con, Ꞩtab. = contra tabulas — c̄rius = centenarius — °d̅d̅ = deinde — °ē = est, °ēē = esse, ēēt = esset — °eip̵,

[1]) Veröffentlicht von Pfaff und Hofmann, Mitt. Papyrus Erzherzog Rainer IV 1 ff. (1888) = Coll. Libr. iuris anteiustiniani III 299 ff. = Seckel-Kübler II 165 ff. = Lenel, Palingenesia II S. 1231. Weitere Literatur s. Krüger, Gesch. der Quellen u. Lit.[2] 283.

n̄ = enim — em̄cipat̄ = emancipatus — °exh⁻ = exheredatus — °fil. = filius — h⁻ = heres, h⁻des = heredes — h⁻, h⁻ditas, h⁻tas = hereditas — °I = inter — K. = Kaput — m̄ = modo — °n̄ = non — ō = oportere — °p̄ = potest, possunt — °p̄p̄ = propter — p̄d = pars dimidia — q = quod — °q̄a = quia — °q̄d = quidem — qq = quique — °q̄s = quasi — s̄c = senatusconsultum — sec. tab. = secundum tabulas — °v̄ba = verba.

Zunächst ist festzustellen, daß die Fragmente AB zusammengehören, und zwar in der Weise, daß B Zeile 1 ff. die Fortsetzung von A Zeile 4 ff. bilden (s. bes. Recto Z. 4 f.: po|testate, Verso Z. 4 f.: in|tra ann.). Zwischen A und B fehlt entweder nichts oder wenige Buchstaben. Das Fragment C bildet einen Bestandteil desselben Blattes wie AB; oben und unten ist ein Rand von je 3 cm gelassen. Wieviel Zeilen zwischen AB und C fortgefallen sind, läßt sich nicht feststellen; zwischen Recto C und Verso AB fehlt keine Zeile. Danach hat die Ergänzung zu erfolgen.

Als Verfasser des Wiener Fragments de formula Fabiana wird jetzt meist nach dem Vorgange von Gradenwitz (diese Ztschr. IX 394 ff.) Paulus angenommen. Pomponius, für den sich die ersten Herausgeber entschieden hatten, kommt nicht in Betracht; auch Lenel (Palingenesia II S. 1231) sagt, daß sicher eher an Paulus als an Pomponius zu denken sei. Und gegen Paulus sprechen auch die neuen Fragmente nicht.[1]) Ferrini (Rendiconti Ist. Lombardo XXXIII, 1900, 133 ff.) dachte an seine libri ad edictum (s. Lenel a. a. O. I s. Paul. n. 83—849; Krüger a. a. O. 230), Gradenwitz (a. a. O. 399 f.) entschied sich für die libri ad Plautium (s. Lenel a. a. O. n. 1071—1247; Krüger a. a. O. 229)[2]). Gegen die libri ad edictum spricht der § 7 unserer Fragmente (Recto C 8. Verso AB 1 ff.), dessen Anfang nach meiner Ergänzung (s. unten S. 52) folgendermaßen lautet: Et q[uamvis p(ro)p(ter)

[1]) Sprachlich verweise ich z. B. auf das olim quidem, hodie autem: Recto AB 6, vgl. Gradenwitz a. a. O. 396; illud notandum est: Recto C 4, vgl. D. XXXVII 4, 4 pr.; videamus ne: Verso C 3, vgl. D. XL 5, 6 und sonst, Gradenwitz a. a. O. 397.

[2]) S. auch Berger bei Pauly-Wissowa-Kroll X 710. Zu Plautius s. bes. Bremer, Iurispr. antehadrian. II 2, 218 ff., Krüger a. a. O. 173

kapitis deminutionem iure civili defician]t liberi qui primo k(a-pite) i(nter) su[os h(ere)des numerantur cet. Die D. XXXVII 1, 6 § 1 (Lenel a. a. O. n. 575) erhaltene Parallelstelle aus dem 41. Buche der libri ad edictum hat dagegen folgenden Wortlaut: quamvis enim iure civili deficiant liberi qui propter capitis deminutionem desierant sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem. Danach ist also diese Schrift des Paulus ausgeschlossen. Mit den libri ad Plautium ließe sich dagegen recht gut die Tatsache in Einklang bringen, daß Recto AB 3 ff. = § 2 bei der erroris causae probatio nur das senatusconsultum der vorhadrianischen Zeit erwähnt wird, nicht das zweite unter Hadrian (s. unten S. 49). Paulus hat hier also wohl den Text des Plautius unverändert gegeben, ohne eine ausdrücklich oder nicht ausdrücklich gekennzeichnete nota hinzuzufügen. Und auch der Wortlaut der anderen Paragraphen enthält keine über die Zeit des Plautius hinausragende Bemerkung mit Ausnahme des etwaigen Marcellus-Zitates Verso C 3 = § 8 b (vgl. das Fragm. de formula Fabiana § 8).

Worauf bezieht sich nun das Verso AB 1. 6 (= § 7. 7 a) zitierte k(aput) primum? Sicher handelt es sich nicht um ein Zitat der Schrift des Plautius durch Paulus. Das wird schon widerlegt durch den Gebrauch des Wortes caput (s. Vocabul. iurisprudentiae rom. I S. 628 f. s. v.). Unter den zahlreichen Belegstellen findet sich nur eine einzige, die sich auf eine Juristenschrift bezieht (Paul. D. XLVIII 13, 11 (9), 1: eodem capite sc. libri 38 posteriorum Labeonis). Alle anderen weisen auf Abschnitte vor allem von leges, sodann von Senatsbeschlüssen, Kaiserkonstitutionen (mandata, rescripta), des prätorischen Edikts und von Interdikten, sowie von Testamenten hin.[1]) An unserer Stelle kann nur vom prätorischen Edikt die Rede sein. Und wenn auch in einer von Paulus neubearbeiteten Schrift nur die julianische Fassung in Betracht kommen kann, so ist damit nicht gesagt, daß diese

[1]) S. Vocabul. iurispr. rom. a. a. O. Vgl. außerdem u. a. Bruns, Fontes [7] Nr. 13, 3. 14 II 29. 86 III 4. 112 passim; Sueton., vit. Claudii c. 23 (leges); Bruns a. a. O. 175 I 10 (senatusconsultum); 120, 1 (testamentum).



Fassung nicht auch mit der des vorjulianischen Ediktes, wie sie in der Schrift des Plautius vorlag, gleichlautend war. Jedenfalls entspricht unser kaput[1]) primum der prima pars edicti in der D. XXXVII 10, 4 ausgezogenen Stelle aus dem 24. Buche der Digesten Iulians (= Lenel a. a. O. s. Iulian. n. 382) und dem edictum primum in der Stelle aus dem 14. Buche der Quaestiones Papinians (= Lenel a. a. O. s. Papinian. n. 234) D. XXXVII 10, 12. An beiden Stellen wird Bezug genommen auf die bonorum possessio contra tabulas: „Das erste Edikt“ bez. „der erste Teil des Edikts“ bildet in dem Unterabschnitt ‚si tabulae testamenti extabunt‘ des Titulus XXV de bonorum possessionibus des Edikts, der den 3. Teil über die „schleunige Rechtshilfe“ (tit. XXV—XXXV) einleitet, das erste generale edictum (s. Lenel, Ed. perp.[2] S. 42 f.; § 142). In diesem wird zunächst der Kreis derjenigen bestimmt, denen die b. p. contra tabulas zusteht, und die vorliegenden neuen Fragmente (einzureihen Lenel, Palingen. I sub Paul. n. 1147—1150) geben einen Kommentar hierzu: sie behandeln zuerst die sui heredes und die Beschränkung bez. Erweiterung ihres Kreises nach Zivilrecht (§§ 1—6 a), sodann die liberi capite deminuti, qui ex edicto praetoris suis connumerantur (vgl. Iust. Inst. III 9, 3; §§ 7—9). Das Wiener Fragment über die formula Fabiana erklärt dann ein speciale edictum desselben Untertitels (s. Lenel, Ed. perp.[2] S. 43; § 151). Zwischen dem Berliner und dem Wiener Blatt fehlt also der Kommentar zu den Anhängen der contra tabulas b. p. und zur secundum tab. b. p., sowie zum Edikt de bonis libertorum.

Zunächst gebe ich den erhaltenen Text in Majuskeln; die Doppelstriche trennen die Fragmente A und B.

Recto AB.

1 HABERE Ṣ . . . H̄ CVM SE[
FIL. N̄ HABERET ET HODIE[
MAṆA . . . Ẹ IN CIVITAT[

1 Nach HABERE steht wohl nicht ṢṾỌṢ, die Buchstaben sind fast ganz verlöscht. 3 Nach RO]MAṆA vielleicht ẸṢṢẸ.

[1]) Vgl. auch Marcellus, D. XXXVII 8, 3.

QVI POST MORTEM PAṬRIṢ ‖ [ ] C̣ỊVITATE PRO
BAND. N̄ ERANT SVI H-DES Q̄Ā IN PO
5 TESTATE MORIEṆṬIṢ C̣IV ‖ [ ] Q. N̄ ERANT SED
PER S̄C̄ SVI H-DES EFFICIVNTVR
VXOR ĀṬ̄ QVAE IN MANṾ ‖ [ ] . . EṚAT OLIM Q̄D̄
OMNI M̄ SVA H-ĒĒT HODIE

2. Hd. .a..a
ĀT̄ SỊ . [. . . . .] Ṇ EFFICITVR SVA H-

2. Hd. N
P̄P̄ SC GAETVLICIANVM
[. . . . .] RADV SVNT Q̰Q̰ SVNT
EX VNO VNIVS LO
[. . . . .]. R EX HAC PARTE
OPTINENT
10 [. . . . .] VMQVAM IS
CVIVS H-TAS
[. . . . .] ṬIS TEM-
PORE QVI

Es fehlen mehrere Zeilen.

7 Die von 2. Hd. über die Zeile geschriebenen Buchstaben sind nicht sicher zu entziffern.

Recto C.

Es fehlen mehrere Zeilen.

[. . . . .] NEM
SECV[. .].
[. . . . .] VA . . . [. .] . [. . . .] . [. . . . .] . [. . . .]
LICET IN MANV
[. . . . .] R . . A NEC EX LIBERIS Ē NEC SVA
H- NEC FICTIC̣[. .]
[. . . . .] Ṭ ILLVD NOTANDVM Ē Q̰ EA VXOR QVAE
VSQ. IN ṬEM[. . . . . .]
5 TIS IN MANV FVIT SI AD DECIMAS ꝯPELLITVR EIVS
PARTIS ETIAM [. . . . . .]
PIET ET INPAR NVḶLIVS Q̄Ā NEC H- ĒĒ P̄ EXEMPLO
EṆ VBA H-DIṬ [. . . . .]

3 Von den ersten drei Buchstaben nach der Lücke sind nur Bruchstücke vorhanden; am wahrscheinlichsten ist RVḄA, P̣AẸA steht nicht da, auch nicht ṚỊẠ.

B̄P̄ TRIBVITVR NAM ETSI LIB. MAIOR C̄RIO FIL. ET PATRONṾ [. . . . . .]
RIT FILIVS P̄D̄ B̄P̄ HABEBIT EX QVA P̣AṚ[. . . . . . .]
Ḥ- ĒET . [. . . . .]

Verso AB.

[. . . . .]T LIBERI QVI PRIMO K. ł SV
[. . . . .]Ç̣CIPIENT Q̄S̄ LEGITIMI SIC
[. . . . .] B̄P̄ ACCIPIANT CVM VT SVO
LOCO DICETVR LIBERI PARENTIVM EX ỌṾẠ‖ CVMQ. PARTE VENIANT IN
5 TRA ANN. PETANT NAM SI SCRIPTI SIṆṬ H- ‖ DES SEC TAB. INTRA ANN.
PETERE P̄ ET | SṾ[.] H- EXIERINT INDE EXH-Ḍ ‖ . [.] . K. PRIMO ł SVOS H-DD SI NEC
2. Hd. DE
H- IN ACCEPERINT QVASI LEGITIMI PETEṆ‖ [. . . . .] HABEBVNT
AD B̄P̄ PETENDVM ET SI NEC EX HOC ỊṾ[. . ‖ . . . .]
XIMI COGNATI INTRA ALỊṾ. ‖ [. . . . .]
10 ĀT VNDE łDVM ETIẠ[. . . . .]
TERITVS Q̄Ā PR[. . . . .]

Es fehlen mehrere Zeilen.

Verso C.

ỊṆF̣ERIOR EST [. . . . .]
PETERITVS . [. . . .] M . Ṃ [.] . Ẹ . [. . .] . . . . ẸR . [. . . . .]
SED VIDEAMVS NE FIL. PRAEFERENDVS Ṣ[. . . . .]
[. . .] ṬẸSTAM. SOLVS ℈ TAB. PETITVRVS ĒET ET IN HAC[. . . . . . .]

5 [. . .] . . RC AIT N SI FIL. EXH⁻SIT QVI IN POTESTA
TE EMCIPAT PR . . [. .]
2. Hd. CI
[. . . . .] . . . E . . INDE SOLI N PROLATAE VTROQ.
PETENTE BP AB INTES
[. . . . . .] CIPATVM SOLVM TVERI O. TOTIVS HTATIS
NOMINE ITEM SI EX
[. . . . .] QVA [. . . . . .] FVIT AB INTESTATO
BP ACCEPERIT

---

5 Das RC vor AIT ist wahrscheinlich, also wohl MARC. 6 EXTENT INDE steht nicht da, auch nicht E E TEST. INDE oder EE RESCINDE, möglich wäre EET E SI(?) INDE.

Versuchen wir jetzt eine nähere Inhaltsangabe der Fragmente und eine Wiederherstellung des Textes, soweit das möglich ist. Wie oben angegeben, lassen sich zwei Teile sondern:

A. Erweiterungen und Beschränkungen des Kreises der sui heredes.

B. Bonorum possessio der liberi capite deminuti, qui iure legitimo deficiunt.

A. Die Erweiterungen und Beschränkungen finden statt durch senatusconsulta des 1. Jahrhunderts n. Chr. (s. §§ 2. 3) oder auf Grund der lex Iulia et Papia Poppaea und ihrer Ergänzungen durch senatusconsulta (s. §§ 6. 6a).

§ 1. Eine Wiederherstellung des Recto AB 1—3 ist mir bisher nicht gelungen; es handelt sich wohl um nachträgliche Erteilung der Zivität und Legitimation, aber welcher Kategorien?

§ 2. Recto AB 3—5 bezieht sich auf die erroris causae probatio, und zwar die post mortem patris erfolgte. Vgl. Gaius I 66 ff. II 142 f. III 5; Ulpian. 7, 4; Coll. 16, 3, 7. 2, 5 (s. Kniep, Der Rechtsgelehrte Gaius 54 ff.; Gai commentarii I 147 f.). Es wird entgegengestellt der frühere Rechtszustand (Z. 3 Schluß ergänze: olim q(ui)d(em) filii]) und der per s(enatus)c(onsultum) geschaffene (Z. 5). Durch dieses werden sie sui heredes patris. Ebenso wie bei Gaius (a. a. O.) ist es ohne nähere Benennung angeführt, es ist der bei ihm II 142 behandelte, dem Hadrianischen scltum (II 143) voraus-

gehende und wohl sicher noch dem 1. Jahrhundert n. Chr. angehörende Senatsschluß, der die vivo patre und post mortem patris probati allgemein ohne Ausnahme zu sui heredes macht. Das hadrianische sctum wird nicht erwähnt (s. oben S. 44).

§ 3. Recto AB 6 ff. Hier handelt es sich nicht um die manus, die ein filiusfamilias ausübt, und die Suität der „Frau" gegenüber dem paterfamilias; denn dann müßte statt uxor Z. 6: nurus stehen (s. z. B. Gaius III 3). Ebensowenig kommt der Gegensatz zwischen manus mariti und manus extranei (coemptionatoris fiduciarii) in Betracht; eine Frau in manu extranei war weder „einst" noch „jetzt" sua heres. Dagegen spricht auch wieder die uxor Z. 6, die immer nur „Ehefrau" bedeutet. Der Paragraph bezieht sich also auf eine uxor in manu mariti patrisfamilias (Z. 6 ist in manu [mari]ti zu ergänzen). Ein senatusconsultum Gaetulicianum schließt sie aber nach unserem Juristen in einem bestimmten Falle als sua heres ihres Mannes aus. Welcher Fall das ist, läßt sich leider infolge der Lücke Z. 7 und der bisher nicht entzifferten fünf Buchstaben von 2. Hd. über der Zeile (. a . . a) nicht feststellen. Es läge nahe, unsere Stelle in Verbindung zu bringen mit Tacit. ann. IV 16 und Gaius I 136, wonach auf Grund eines Senatsbeschlusses oder einer lex die flaminica Dialis oder vielleicht, was nicht sicher ist, alle Frauen, die eine Ehe durch confarreatio geschlossen hatten, sich nur sacrorum causa, nicht privatrechtlich in manu befinden sollten. Entsprechend käme dann als Ergänzung si f[laminica Dialis e(st)] oder si f[arreo in manum venit] in Betracht. Doch als Antragsteller werden von Gaius a. a. O. die Konsuln (Paulus Fabius) Maximus und (Q. Aelius) Tubero des Jahres 11 v. Chr. genannt. Das läßt sich mit dem sctum Gaetulicianum unseres Fragmentes nicht vereinigen. Sein Name weist auf das 1. Jahrhundert n. Chr., Antragsteller ist wohl einer der uns bekannten Männer aus der Familie der Cornelii Lentuli: entweder Cn. Cornelius Cossi f. Lentulus Gaetulicus, der 26 n. Chr. cos. ord. war, oder einer seiner Söhne, Cn. Cornelius Lentulus Gaetulicus, wahrscheinlich cos. suffectus im J. 55 n. Chr., oder Cossus Cornelius Cn. f. Lentulus Gaetulicus oder D. Iunius Silanus Gaetulicus. Vgl. Dessau-

Klebs, Prosopogr. imp. rom. I Nr. 1134—1136. II Nr. 556; Münzer-Stein-Hohl bei Pauly-Wissowa-Kroll IV S. 1384ff. Nr. 220—222. X 1101 Nr. 179. Aber bei der Häufigkeit des Beinamens Gaetulicus in der Kaiserzeit (s. Skutsch bei Pauly-Wissowa-Kroll IV 1386) sind auch noch andere Möglichkeiten vorhanden. Wir müssen uns also hinsichtlich des Inhaltes dieses Senatsbeschlusses bescheiden.

§ 4. Die zerstückelten Zeilen 8—11 des Fragments AB betreffen zweifellos nicht denselben Gegenstand wie die vorhergehenden Zeilen; sie sind etwa zu ergänzen: qui in eod(em) g]radu sunt q(ui)q(ue) sunt ex uno unius lo[co orti (?), cum omnes simul admittant]ur, ex hac parte optinent [h(eredi)-tatem, ex qua b(onorum) p(ossessionem) accipient. Vgl. § 6 Z. 6f. § 9 Z. 7f.

§ 5. Zwischen Recto AB und C fehlen mindestens 10 Zeilen, wahrscheinlich noch mehr, wenn wir 34 Zeilen auf der Seite annehmen. Zeile 1 des Recto C gehört wohl noch zum Vorhergehenden. Ob mehrere Materien in diesen Zeilen behandelt werden, ist natürlich nicht zu sagen.

§ 6. Recto C 2—7. Der Paragraph handelt vom Erbrecht der kinderlosen uxor in manu gegenüber ihrem Ehemann. Nur in diesem Sinne ist Z. 2f. zu ergänzen; es ist nicht etwa von der femina in manu coemptionatoris fiduciarii die Rede. Jeder Ergänzungsversuch scheitert aber an den z. T. erhaltenen Anfangsbuchstaben der Z. 3, die am wahrscheinlichsten]ruba (s. den Apparat) zu lesen sind, was keinen Sinn ergibt (vgl. etwa Z. 6!); Pop]paea oder caduca]ria steht nicht da. Zu erwarten wäre etwa: Item uxor q]uae liberos non habet, licet in manu fuerit, ex lege Iulia et Papia Poppaea (oder e lege caducaria) nec ex liberis est cet. Die kinderlose uxor in manu ist weder sua heres des Zivilrechts, noch gehört sie zum Kreise der liberi des prätorischen Rechts (vgl. Lenel, Ed. perp.[2] 331. 342f.), sie ist auch nicht heredis loco, die als solche eine ficticia actio erhält (s. Gaius IV 34. III 32. 81; Ulpian. 28, 12; Lenel a. a. O. 177f.): nec fictic[ia] | [actione age]t. Ehegatten in kinderloser Ehe haben nach den augustischen Ehegesetzen vielmehr im allgemeinen (s. die Ausnahmen Ulpian. 16, 1) nur einen gegenseitigen Erbanspruch auf ein Zehntel ihres Nachlasses (s. Ulpian. 15;

Gnomon des Idioslogos [= meine Jurist. Papyri Nr. 93] § 31). Und auf dieses Zehntel wird der (bis zum Tode des Mannes in seiner manus befindlichen) Ehefrau auch der prätorische Nachlaßbesitz erteilt; Z. 4 f. heißt es: Illud notandum e(st), q(uod) ea uxor, quae usq(ue) in tem[pus mor]tis in manu fuit, si ad decimas conpellitur, eius partis etiam [b(onorum) p(ossessionem) acci]piet. Das Folgende (Z. 6 f.) ist nicht auf den ersten Blick verständlich. Das exemplo eni(m) (v(er)ba ist zu streichen) h(ere)dit[atis e(t)] b(onorum) p(ossessio) tribuitur, „analog dem Erbrecht nach Zivilrecht wird auch der prätorische Nachlaßbesitz erteilt" (vgl. z. B. Paul. D. XXXVII 4, 11, 1), knüpft unmittelbar an Z. 4/5 an, bildet deren Begründung. Dazwischen steht und ist als Parenthese zu fassen: et inpar nullius (scil. partis bonorum possessionem accipiet), q(ui)a nec h(eres) e(ss)e p(otest). Impar kann m. E. nur (entsprechend dem impar matrimonium) im Sinne des senatusconsultum Calvisianum (s. Ulpian. 16, 4; Gnomon des Idioslogos [= Jurist. Papyri Nr. 93] § 24) als maior quinquagenaria quae minori sexagenario nupserit gefaßt werden; sie ist incapax.

Die Zeilen 7/8 stehen nur insofern im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden, als sie ein weiteres Beispiel für den Satz bilden: die bonorum possessio wird analog der hereditas erteilt. Hier handelt es sich um das von unserem Verfasser auch im fragmentum de formula Fabiana § 8 behandelte Erbrecht gegenüber dem libert(us) maior c(entenа)rio, dem Freigelassenen mit einem höheren Vermögen als 100 000 Sesterzen (vgl. auch CIL. X 6122). Die augustischen Ehegesetze (lex Papia: Gaius III 42) bestimmen, daß der patronus nur dann einen Anspruch auf den Nachlaß hat, und zwar auf seine virilis pars, wenn der libertus weniger als drei liberi hinterläßt (Gaius III 42; vgl. Kniep, Gai commentarii III 1, 91 f.). In unserem Fall, wo der libertus fil(ium) et patronu[m habue]rit, erhalten diese jeder auf die Hälfte hereditas wie bonorum possessio: filius p(artis) d(imidiae) b(onorum) p(ossessionem) habebit, ex qua part[e etiam] h(eres) e(st).

Klebs, Prosopogr. imp. rom. I Nr. 1134—1136. II Nr. 556; Münzer-Stein-Hohl bei Pauly-Wissowa-Kroll IV S. 1384ff. Nr. 220—222. X 1101 Nr. 179. Aber bei der Häufigkeit des Beinamens Gaetulicus in der Kaiserzeit (s. Skutsch bei Pauly-Wissowa-Kroll IV 1386) sind auch noch andere Möglichkeiten vorhanden. Wir müssen uns also hinsichtlich des Inhaltes dieses Senatsbeschlusses bescheiden.

§ 4. Die zerstückelten Zeilen 8—11 des Fragments AB betreffen zweifellos nicht denselben Gegenstand wie die vorhergehenden Zeilen; sie sind etwa zu ergänzen: qui in eod(em) g]radu sunt q(ui)q(ue) sunt ex uno unius lo[co orti (?), cum omnes simul admittant]ur, ex hac parte optinent [h(eredi)-tatem, ex qua b(onorum) p(ossessionem) accipient. Vgl. § 6 Z. 6f. § 9 Z. 7f.

§ 5. Zwischen Recto AB und C fehlen mindestens 10 Zeilen, wahrscheinlich noch mehr, wenn wir 34 Zeilen auf der Seite annehmen. Zeile 1 des Recto C gehört wohl noch zum Vorhergehenden. Ob mehrere Materien in diesen Zeilen behandelt werden, ist natürlich nicht zu sagen.

§ 6. Recto C 2—7. Der Paragraph handelt vom Erbrecht der kinderlosen uxor in manu gegenüber ihrem Ehemann. Nur in diesem Sinne ist Z. 2f. zu ergänzen; es ist nicht etwa von der femina in manu coemptionatoris fiduciarii die Rede. Jeder Ergänzungsversuch scheitert aber an den z. T. erhaltenen Anfangsbuchstaben der Z. 3, die am wahrscheinlichsten]ruba (s. den Apparat) zu lesen sind, was keinen Sinn ergibt (vgl. etwa Z. 6!); Pop]paea oder caduca]ria steht nicht da. Zu erwarten wäre etwa: Item uxor q]uae liberos non habet, licet in manu fuerit, ex lege Iulia et Papia Poppaea (oder e lege caducaria) nec ex liberis est cet. Die kinderlose uxor in manu ist weder sua heres des Zivilrechts, noch gehört sie zum Kreise der liberi des prätorischen Rechts (vgl. Lenel, Ed. perp.[2] 331. 342f.), sie ist auch nicht heredis loco, die als solche eine ficticia actio erhält (s. Gaius IV 34. III 32. 81; Ulpian. 28, 12; Lenel a. a. O. 177f.): nec fictic[ia] [actione age]t. Ehegatten in kinderloser Ehe haben nach den augustischen Ehegesetzen vielmehr im allgemeinen (s. die Ausnahmen Ulpian. 16, 1) nur einen gegenseitigen Erbanspruch auf ein Zehntel ihres Nachlasses (s. Ulpian. 15;

Gnomon des Idioslogos [= meine Jurist. Papyri Nr. 93] § 31). Und auf dieses Zehntel wird der (bis zum Tode des Mannes in seiner manus befindlichen) Ehefrau auch der prätorische Nachlaßbesitz erteilt; Z. 4 f. heißt es: Illud notandum e(st), q(uod) ea uxor, quae usq(ue) in tem[pus mor]tis in manu fuit, si ad decimas conpellitur, eius partis etiam [b(onorum) p(ossessionem) acci]piet. Das Folgende (Z. 6 f.) ist nicht auf den ersten Blick verständlich. Das exemplo eni(m) (v(er)ba ist zu streichen) h(ere)dit[atis e(t)] b(onorum) p(ossessio) tribuitur, „analog dem Erbrecht nach Zivilrecht wird auch der prätorische Nachlaßbesitz erteilt" (vgl. z. B. Paul. D. XXXVII 4, 11, 1), knüpft unmittelbar an Z. 4/5 an, bildet deren Begründung. Dazwischen steht und ist als Parenthese zu fassen: et inpar nullius (scil. partis bonorum possessionem accipiet), q(ui)a nec h(eres) e(ss)e p(otest). Impar kann m. E. nur (entsprechend dem impar matrimonium) im Sinne des senatusconsultum Calvisianum (s. Ulpian. 16, 4; Gnomon des Idioslogos [= Jurist. Papyri Nr. 93] § 24) als maior quinquagenaria quae minori sexagenario nupserit gefaßt werden; sie ist incapax.

Die Zeilen 7/8 stehen nur insofern im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden, als sie ein weiteres Beispiel für den Satz bilden: die bonorum possessio wird analog der hereditas erteilt. Hier handelt es sich um das von unserem Verfasser auch im fragmentum de formula Fabiana § 8 behandelte Erbrecht gegenüber dem libert(us) maior c(entena)rio, dem Freigelassenen mit einem höheren Vermögen als 100000 Sesterzen (vgl. auch CIL. X 6122). Die augustischen Ehegesetze (lex Papia: Gaius III 42) bestimmen, daß der patronus nur dann einen Anspruch auf den Nachlaß hat, und zwar auf seine virilis pars, wenn der libertus weniger als drei liberi hinterläßt (Gaius III 42; vgl. Kniep, Gai commentarii III 1, 91 f.). In unserem Fall, wo der libertus fil(ium) et patronu[m habue]rit, erhalten diese jeder auf die Hälfte hereditas wie bonorum possessio: filius p(artis) d(imidiae) b(onorum) p(ossessionem) habebit, ex qua part[e etiam] h(eres) e(st).

B. Bonorum possessio der liberi capite deminuti qui iure civili deficiunt.

§ 7. Recto C 8—Verso AB 5. a) Bonorum possessio ab intestato: unde liberi. Vgl. Gaius III 26. 32; Paul. D. XXXVII 1, 6, 1 (s. oben S. 44). XXXVIII 6, 4 u. a.; s. Lenel, Edict. perp.[2] S. 342f. § 156:

Et q[uamvis p(ro)p(ter) kapitis | [1]deminutionem iure civili defician]t liberi qui primo k(apite) i(nter) su|[2][os h(ere)-des numerantur (s. oben S. 43f.), tamen h(eredi)tatem ac]cipient q(ua)s(i) legitimi sic, | [3][ut ex edicto praetoris ab intestato] b(onorum) p(ossessionem) accipiant, cum, ut suo | [4]loco dicetur, liberi parentium ex qua cumqu(e) parte veniant in|[5]tra ann(um) petant.

§ 7a. Verso AB 5f. b) Secundum tabulas bonorum possessio. Vgl. Ulpian. D. XXXVII 11, 2 pr.; reg. 28, 5. 23, 6; s. Lenel a. a. O. S. 336 § 149.

§ 7b. Verso AB 6—10. c) Contra tabulas bonorum possessio (s. oben S. 45); vgl. Lenel a. a. O. S. 331f. § 142. Sind die sui heredes im Testamente enterbt (et ⟨si⟩ su[i] h(eredes) exierint inde exh(ere)d(es)) und die liberi emancipati (q[u]i k(apite) primo i(nter) suos h(eredes) ⟨numerantur⟩) übergangen (si nec h(ereditatem) inde acceperint), dann erhalten diese die contra tabulas b. p. gegen die scripti heredes, und zwar zunächst als quasi legitimi (quasi legitimi peten[t (contra) tab(ulas) et ius] habebunt ad b(onorum) p(ossessionem) petendum), die, wie oben (Verso AB 2), als liberi im Sinne des prätorischen Edikts zu fassen sind. Sodann (vgl. Girard, Droit romain[5] 886), wenn sie damit keinen Erfolg gehabt, in ihrer Eigenschaft als proximi cognati; in diesem Fall ist aber die Agnitionsfrist nicht mehr ein Jahr (s. Z. 4f.), sondern beträgt 100 Tage: Et si nec ex hoc iu[re acceperint, quasi pro]|ximi cognati intra aliud [tempus (centum) dierum b(onorum) p(ossessionem) petent adv(er)sus agn]|at(os).

Im folgenden (Verso AB 10ff. C 1—7) wird der § 7b dargelegte Tatbestand, daß sui enterbt, emancipati filii übergangen und agnati bez. andere extranei als Erben eingesetzt sind, des näheren behandelt. Die emancipati erhalten in den hier angeführten Fällen allein bonorum possessio, ent-

weder contra tabulas (AB 10ff. C 3f.) oder bei repudiatio hereditatis durch den Testamentserben ab intestato (C 1 f. 4—7). Die ersten Zeilen des § 8 (Verso AB 10f.) ergänze ich danach folgendermaßen:

Unde i(nter)dum etia[m solus habebit b(onorum) p(ossessionem) em(an)cipatus fil(ius) prae] teritus, q(ui)a pr[aetor (contra) tab(ulas) adv(er)sus scriptos h(eredes) eum admittit]. Es folgten in den fortgefallenen (mindestens 10) Zeilen Beispiele hierfür, ebenso in C 3f.

Die Wiederherstellung von C 1—4 ist mit großen Schwierigkeiten verbunden. Aus dem Erhaltenen geht folgendes hervor: Dem fil(ius) emancipatus p(ra)eteritus (Z. 2. 3) steht gegenüber ein suus exheredatus. Daß dieser kein filius exhered. ist, wie im § 8b (C 4—7), zeigt das ohne unterscheidenden Zusatz gesetzte fil. in Z. 3; es ist also nur ein filius da. Danach wird der exheredatus wohl ein nepos ex eo, in potestate retentus des Erblassers sein (vgl. Marcell. D. XXXVII 5, 25 pr.; XXXVII 8, 3). Scriptus heres ist ein extraneus, der dem praeteritus und exheredatus gegenüber gradu] inferior est (Z. 1). Es werden m. E. wie bei Tryphonin. D. XXXVII 4, 20 pr.[1]) zwei Möglichkeiten unterschieden: 1) heres extraneus hereditatem adiit, 2) h. extr. hereditatem repudiavit. Darauf läßt auch Z. 4 [. .] testam. schließen ich ergänze daher Z. 3f.: si adita h(eredi)tate | ex] testam(ento) solus (contra) tab(ulas) petiturus e(ss)et (vgl. Tryphonin. a. a. O.). Hat also der extraneus heres die Erbschaft angetreten, so daß das Testament in Kraft bleibt, dann steht dem fil. emancipatus praeteritus allein die contra tabulas bonorum possessio zu (vgl. D. XXXVII 8, 3 in.; s. auch Tryphonin. a. a. O.). Der entgegengesetzte Fall ist wohl in Z. 1 f. behandelt: der heres extraneus hat die Erbschaft ausgeschlagen (vgl. C 4—7: § 8b). Dann, um mit Tryphonin. a. a. O. zu sprechen, redit res ad intestati exitum, das Testament ist irritum, die exheredatio nepotis in potestate retenti besteht nicht mehr, zusammen mit diesem — anders § 8b: C 4ff. — erhält der fil. emancip. praeteritus die bonorum

[1]) Die Worte: quod si hi repudiaverint .... suus heres deprehendetur stehen am falschen Platze, sind vor sed cum exheredatio zu setzen.

possessio ab intestato (vgl. Lenel, Ed. perp.² § 146 S. 334 f.). In diesem Sinne ist Z. 1 f. zu ergänzen; mit den vorhandenen Spuren läßt sich aber keiner meiner Versuche vereinigen, wie etwa: H(erede) extraneo scripto, qui gradu] [1]inferior est, [si fil(ius) em(an)cipat(us) p⟨ra⟩eteritus sit, exh(eredatus) nepos ex eo in potestate retentus], [2]p⟨ra⟩eteritus [non adita h(eredi)tate simul cum illo ab intestato b(onorum) p(ossessionem) accipiet.

§ 8 b. C 4—7. Der hier behandelte Fall wird von Tryphonin. D. XXXVII 4, 20 pr. (s. oben) anders entschieden. Nach ihm erhält der präterierte filius emancipatus, wenn der filius suus enterbt und der scriptus heres extraneus die Erbschaft ausgeschlagen hat, adversus filium suum ex asse heredem ab intestato mit Recht die bonorum possessio in parte dimidia. Unsere stark verderbte Stelle (besonders in Z. 6: s. den Apparat) entscheidet dagegen, wahrscheinlich im Anschluß an einen nicht erhaltenen Marcellus-Text (Z. 5 Anfang:] marc̄?), wenn ich sie richtig verstehe, dahin, daß der emancipatus praeteritus allein den Nachlaß erhält(!). Ich möchte folgendermaßen emendieren, Z. 6 zwar nur unter starkem Vorbehalt:

Et in hac [re sequi|[5]mur] Marc(ellum?). Ait (e)ni(m), si fil(ius) exh(eredatus) sit, qui in potestate ⟨fuit⟩, em(an)cipat(usque) prae[te|[6]ritus] e(ss)et(?) e(t) si(?) inde ⟨tab(ulae)⟩[1]) n(on) prolatae ⟨sint⟩, utroq(ue) petente b(onorum) p(ossessionem) ab intes|[7][tato, em(an)]cipatum solum tueri[2]) o(portere) totius h(eredi)tatis nomine.

Der folgende § 9, von dem nur der Anfang (Z. 7 f.) erhalten ist, ist nach Marcell. D. XXXVII 5, 25 pr. (nam pro ea parte, qua quisque [= nepos in potestate retentus] intestato suus heres esset, si pater suus heres non esset, bonorum possessio defertur) etwa so zu ergänzen:

Item si ex | [8][ea parte h(eredi)tatis, ex] qua [suus h(eres)] fuit ab intestato, b(onorum) p(ossessionem) acceperit [nepos ex filio emancipato praeterito in potestate retentus, praeteritum praetor in reliqua(?) parte tuetur].

[1]) Die Handschrift hat soli (s. S. 48), das keinen Sinn ergibt; zur Lesung der voraufgehenden Buchstaben s. ebendort den Apparat.

[2]) Tueri wird hier passivisch gebraucht; vgl. Kalb, Roms Juristen 58.

Ich lasse nun eine Transkription mit den als möglich anzusehenden Ergänzungen nach Paragraphen abgeteilt folgen:

(Recto AB)

habere s . . . h(eredes) cum se[— § 1.
filios n(on) haberet. Et hodie[Ro]-
mana . . . e in civitat[e . Et olim q(ui)d(em) filii], — § 2.
qui post mortem patris [in] civitate proband(i) (erant),
n(on) erant sui h(ere)des, q(ui)a in po-
5 testate morientis civ[es]q(ue) n(on) erant; sed per s(enatus)-
c(onsultum) sui h(ere)des efficiuntur.
Uxor a(u)t(em), quae in manu[mari]ti erat, olim q(ui)d(em) — § 3.
omnim(odo) sua h(eres) e(ss)et; hodie
2. Hd. . . . . .
a(u)t(em) si[. . . . .], n(on) efficitur sua h(eres)
2. Hd. n
p(ro)p(ter) s(enatus)c(onsultum) Gaetulicianum.
[. . . . . qui in eod(em) g]radu sunt q(ui)q(ue) — § 4.
sunt ex uno unius lo-
[co orti(?), cum omnes simul admittant]ur, ex hac parte
optinent
10 [h(eredi)tatem, ex qua . . . . n]umquam — § 5.
is cuius h(eredi)tas
[. . . . . mor]tis tempore qui

Es fehlen mehrere (mindestens 10) Zeilen.

(Recto C)

[. . . . .]nem
secu[. .].
[. . . . . Item uxor q]uae . . [. .] . [. . .] . [. . . . .] . — § 6.
[. . . .], licet in manu
[fuerit, ...]r . . a nec ex liberis e(st) nec sua
h(eres) nec fictic[ia]
[actione age]t. Illud notandum e(st), q(uod) ea uxor, quae
usq(ue) in tem[pus mor]-
5 tis in manu fuit, si ad decimas (con)pellitur, eius partis
etiam [b(onorum) p(ossessionem) acci]-

---

§ 3. 7 Zur Lücke s. oben S. 49. § 4. 10 S. S. 50. § 6. 2 Zu erwarten wäre etwa q]uae liberos non habet; s. S. 50. 3]ruba?: ex lege Iulia et Papia Pop]paea oder caduca]ria stand nicht da.

possessio ab intestato (vgl. Lenel, Ed. perp.[2] § 146 S. 334 f.). In diesem Sinne ist Z. 1 f. zu ergänzen; mit den vorhandenen Spuren läßt sich aber keiner meiner Versuche vereinigen, wie etwa: H(erede) extraneo scripto, qui gradu] [1]inferior est, [si fil(ius) em(an)cipat(us) p⟨ra⟩eteritus sit, exh(eredatus) nepos ex eo in potestate retentus], [2]p⟨ra⟩eteritus [non adita h(eredi)tate simul cum illo ab intestato b(onorum) p(ossessionem) accipiet.

§ 8b. C 4—7. Der hier behandelte Fall wird von Tryphonin. D. XXXVII 4, 20 pr. (s. oben) anders entschieden. Nach ihm erhält der präterierte filius emancipatus, wenn der filius suus enterbt und der scriptus heres extraneus die Erbschaft ausgeschlagen hat, adversus filium suum ex asse heredem ab intestato mit Recht die bonorum possessio in parte dimidia. Unsere stark verderbte Stelle (besonders in Z. 6: s. den Apparat) entscheidet dagegen, wahrscheinlich im Anschluß an einen nicht erhaltenen Marcellus-Text (Z. 5 Anfang:] marc̄?), wenn ich sie richtig verstehe, dahin, daß der emancipatus praeteritus allein den Nachlaß erhält(!). Ich möchte folgendermaßen emendieren, Z. 6 zwar nur unter starkem Vorbehalt:

Et in hac [re sequi|[5]mur] Marc(ellum?). Ait (e)ni(m), si fil(ius) exh(eredatus) sit, qui in potestate ⟨fuit⟩, em(an)cipat(usque) prae[te|[6]ritus] e(ss)et(?) e(t) si(?) inde ⟨tab(ulae)⟩[1]) n(on) prolatae ⟨sint⟩, utroq(ue) petente b(onorum) p(ossessionem) ab intes|[7][tato, em(an)]cipatum solum tueri[2]) o(portere) totius h(eredi)tatis nomine.

Der folgende **§ 9**, von dem nur der Anfang (Z. 7 f.) erhalten ist, ist nach Marcell. D. XXXVII 5, 25 pr. (nam pro ea parte, qua quisque [= nepos in potestate retentus] intestato suus heres esset, si pater suus heres non esset, bonorum possessio defertur) etwa so zu ergänzen:

Item si ex | [8][ea parte h(eredi)tatis, ex] qua [suus h(eres)] fuit ab intestato, b(onorum) p(ossessionem) acceperit [nepos ex filio emancipato praeterito in potestate retentus, praeteritum praetor in reliqua(?) parte tuetur].

[1]) Die Handschrift hat soli (s. S. 48), das keinen Sinn ergibt; zur Lesung der voraufgehenden Buchstaben s. ebendort den Apparat.

[2]) Tueri wird hier passivisch gebraucht; vgl. Kalb, Roms Juristen 58.



Ich lasse nun eine Transkription mit den als möglich anzusehenden Ergänzungen nach Paragraphen abgeteilt folgen:

(Recto AB)

habere s . . . h(eredes) cum se[§ 1.
filios n(on) haberet. Et hodie[Ro]-
mana . . . e in civitat[e . Et olim q(ui)d(em) filii], § 2.
qui post mortem patris | [in] civitate proband(i) ⟨erant⟩, n(on) erant sui h(ere)des, q(ui)a in po-
5 testate morientis civ|[es]q(ue) n(on) erant; sed per s(enatus)-c(onsultum) sui h(ere)des efficiuntur.
Uxor a(u)t(em), quae in manu|[mari]ti erat, olim q(ui)d(em) § 3. omnim(odo) sua h(eres) e(ss)et; hodie
2. Hd. . . . . .
a(u)t(em) si[. . . . .], n(on) efficitur sua h(eres)
2. Hd. n
p(ro)p(ter) s(enatus)c(onsultum) Gaetulicianum.
[. . . . . qui in eod(em) g]radu sunt q(ui)q(ue) § 4. sunt ex uno unius lo-
[co orti(?), cum omnes simul admittant]ur, ex hac parte optinent
10 [h(eredi)tatem, ex qua . . . . n]umquam § 5. is cuius h(eredi)tas
[. . . . . mor]tis tempore qui

Es fehlen mehrere (mindestens 10) Zeilen.

(Recto C)

[. . . . .]nem secu[. .] .
[. . . . . Item uxor q]uae . . [. .] . [. . .] . [. . . . .] . § 6. [. . . .], licet in manu
[fuerit, ...]r . . a nec ex liberis e(st) nec sua h(eres) nec fictic[ia]
[actione age]t. Illud notandum e(st), q(uod) ea uxor, quae usq(ue) in tem[pus mor]-
5 tis in manu fuit, si ad decimas (con)pellitur, eius partis etiam [b(onorum) p(ossessionem) acci]-

§ 3. 7 Zur Lücke s. oben S. 49. § 4. 10 S. S. 50. § 6. 2 Zu erwarten wäre etwa q]uae liberos non habet; s. S. 50. 3]ruba?: ex lege Iulia et Papia Pop]paea oder caduca]ria stand nicht da.

piet — et inpar nullius, q(ui)a nec h(eres) e(ss)e p(otest) —; exemplo eni(m) ⟨⟨v(er)ba⟩⟩ h(ere)dit[atis e(t)]
b(onorum) p(ossessio) tribuitur. Nam etsi lib(ertus) maior c(entena)rio fil(ium) et patronu[m habue]- **§ 6a.**
rit, filius p(artis) d(imidiae) b(onorum) p(ossessionem) habebit, ex qua par[te etiam] h(eres) e(st). Et q[uamvis p(ro)p(ter) kapitis] **§ 7.**

(Verso AB)

[deminutionem iure civili deferan]t liberi qui primo k(apite) i(nter) su-
[os h(ere)des numerantur, tamen h(eredi)tatem ac]cipient q(ua)s(i) legitimi sic
[ut ex edicto praetoris ab intestato] b(onorum) p(ossessionem) accipiant, cum, ut suo
loco dicetur, liberi parentium ex qua cumq(ue) parte veniant in-
5 tra ann(um) petant. Nam si scripti sint h(ere)des, sec(undum) tab(ulas) intra ann(um) **§ 7a.**
petere p(ossunt). Et ⟨si⟩ su[i] h(eredes) exierint inde exh(ere)d(es), ‖ q[u]i k(apite) primo i(nter) suos h(eredes) ⟨numerantur⟩ d(ein)d(e), si nec **§ 7b.**
h(ereditatem) in^de^ acceperint, quasi legitimi peten[t (contra) tab(ulas) et ius] habebunt
ad b(onorum) p(ossessionem) petendum. Et si nec ex hoc iu[re ‖ acceperint, quasi pro]-
ximi cognati intra aliud [tempus (centum) dierum b(onorum) p(ossessionem) petent adv(er)sus agn]-
10 at(os). Unde i(nter)dum etia[m solus habebit b(onorum) p(ossessionem) em(an)cipat(us) fil(ius) prae]- **§ 8.**
teritus, q(ui)a pr[aetor (contra) tab(ulas) adv(er)sus scriptos h(eredes) eum admittit].

Es fehlen mehrere (mindestens 10) Zeilen.

(Verso C)

inferior est [. . . . .]
p⟨ra⟩eteritus . [. . . .] m . m [.] . e . [. . .] . . . . er . [. . . . .].

§ 6. 6 nullius sc. partis. § 8. 1 f. Zur Ergänzung dem Sinne nach s. oben S. 54.

Sed videamus, ne fil(ius) praeferendus s[it, si adita h(ere-
di)tate]
[ex] testam(ento) solus (contra) tab(ulas) petiturus e(ss)et.
Et in hac [re sequi]- **§ 8 b.**
5 [mur] Marc(ellum?). Ait (e)ni(m), si fil(ius) exh(eredatus)
sit, qui in potestate ⟨fuit⟩, em(an)cipat(usque) prae[te]-
[ritus] e(ss)et(?) e(t) si(?) inde ⟨tab(ulae)⟩ n(on) prolatae
⟨sint⟩, utroq(ue) petente b(onorum) p(ossessionem)
ab intes-
[tato, em(an)]cipatum solum tueri o(portere) totius h(eredi)-
tatis nomine. Item si ex **§ 9.**
[ea parte h(eredi)tatis, ex] qua [suus h(eres)] fuit ab inte-
stato, b(onorum) p(ossessionem) acceperit

---

§ 8 b. 5 marc ist wahrscheinlich. 6 S. oben S. 54. § 9. 8 f. Zur etwaigen weiteren Ergänzung s. oben S. 54.

IV.

Beiträge zum Codex Theodosianus.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Bonn.

X.

Zur Zeitbestimmung der Konstitutionen.

Die Benutzung des Codex Theodosianus für die Geschichte der Zeit, welche er umfaßt, nämlich die Jahre 313—437, hat für die Juristen und Historiker gleiche Bedeutung; böte er eine ganz zuverlässige Geschichtsquelle, so würde es genügen, auf die im ganzen recht gute handschriftliche Überlieferung zu verweisen[1]; leider stecken aber in dem Text, wie ihn die Verfasser des Gesetzbuchs hergestellt haben, nicht wenige Versehen, deren Berichtigung den Herausgebern und noch mehr den gelegentlichen Benutzern große Schwierigkeiten bereitet. Diese Arbeit hat schon Jac. Gothofredus in seiner Ausgabe unter Heranziehung der sonstigen Geschichtsquellen in hohem Maße gefördert; weitere Beiträge lieferte insbesondere Tillemont in seiner Histoire des empereurs. Nach ihnen ist der zu benutzende Quellenkreis gewachsen, insbesondere sind auch größere Lücken des Theodosianus ausgefüllt worden. Die Feststellung und Berichtigung der Fehler hat im vorigen Jahrhundert neu eingesetzt teils in Bearbeitung einzelner Zeitabschnitte, teils in Zusammenfassung des ganzen vom Theodosianus umfaßten Zeitraums.

Von den Beiträgen der Herausgeber der neu aufgefundenen Bruchstücke, wie Clossius und Wendt, kann wegen ihrer Beschränkung auf kleine Teile des Gesetzbuchs hier abgesehen werden. Hänel hat in seiner Ausgabe zwar auch manche richtige Bemerkungen in der gleichen Richtung ge-

[1]) Vgl. Mommsen in dieser Zeitschrift XXI 163 (Juristische Schriften II 382 f.).

macht, war aber doch überwiegend zu ängstlich von der Überlieferung abzuweichen, so daß seine Ausgabe gegenüber der Gothofredischen in dieser Beziehung einen Rückschritt bedeutet. Die Vorarbeiten zur Herausgabe des Codex Iustinianus führten mich zu einer Prüfung der in der Fassung des Theodosianus steckenden Fehler; die Ergebnisse derselben habe ich für die Jahre 364—374 veröffentlicht[1]) und fasse dieselben hier noch einmal kurz zusammen.

1. Die Verfasser des Gesetzbuchs haben für die gemeinsamen Konsulate von Valentinian und Valens in den Jahren 368. 370. 373 zum Teil aus Quellen geschöpft, welche die Konsuln ohne Angabe der Wiederholungszahlen enthielten; dadurch sind sie meist zur Verwechslung mit dem Jahre 365 verführt worden, auf welches allein genau genommen die Bezeichnung Valentiniano et Valente AA. conss. paßte.[2]) Wo dagegen offensichtlich die Beziehung auf die späteren Konsulate hervortrat, haben sie bisweilen die Iterationsziffern nach Gutdünken ergänzt und dabei nicht immer das Richtige getroffen.[3])

2. Die Erhebung Gratians zum Augustus, welche am 25. August 367 erfolgte und von da ab dessen Aufnahme in die Inskriptionen der Gesetze erforderte in der Fassung *imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA.*, oder auch, wo in demselben Titel Konstitutionen der älteren Augusti voraufgingen, so: *Idem AA. et Gratianus A.*, haben sie *Idem AA.* beibehalten[4]); umgekehrt haben sie auch vorzeitig Gratianus miteingefügt.[5]) Dieser Teil der Inskriptionen bietet also keinen sicheren Anhalt für die Zeitbestimmung der Gesetze.

3. In den benutzten Quellen war der Tag weggefallen, an welchem der Erlaß durch die Unterschrift des Kaisers

---

[1]) Commentationes philologae in honorem Theodori Mommseni 1877 S. 75 ff.

[2]) Man vergleiche z. B. die Reihenfolge der Konstitutionen in 12, 1, 63—69, welche nach dem Tagesdatum von 365 geordnet sind, zu dem nur c. 65—67 gehören, während 63. 64. 68 in die späteren Kaiserkonsulate fallen.

[3]) Z. B. in 9, 1, 10. 11, 11, 1. 13, 3, 8.

[4]) Vgl. 6, 35, 8. 8, 7, 10. 11, 21, 1.

[5]) Vgl. 4, 12, 6. 5, 7, 1 (hier auch im Konsulat *Gratiano A.* statt *Gratiano n. p.*) 14, 15, 2.

Gesetz wurde, dagegen der Tag des Empfangs *(accepta)* seitens des Empfängers oder des öffentlichen Anschlags *(proposita)* erhalten, welcher nur für die Geltung im betreffenden Gebiet entscheidend war, während er für das Gesetzbuch keine Bedeutung hatte; diesen haben die Verfasser teils stehenlassen, teils in *data* verwandelt und indem sie ihn in den Titeln, welche weitere Erlasse derselben Kaiser enthielten, der vermeintlichen Zeitfolge nach einreihten, die Einhaltung derselben gestört. Dazu trat noch, daß diejenigen Erlasse, deren Subskription die Konsuln des voraufgegangenen Jahres unter Voraufschickung von *post consulatum* (= *p. c.*) angab, diese Angabe übersehen wurde oder schon in der benutzten Quelle ausgefallen war, so daß nun der Erlaß im Gesetzbuch um ein Jahr zurückdatiert wurde[1]), auch mit der Ortsangabe in Widerspruch geriet.[2])

4. Das Konsulat fehlte ganz oder es war nur ein Konsul genannt; die Verfasser haben geglaubt der Gleichmäßigkeit halber die Lücke mit Hilfe der Fasten ausfüllen zu sollen und haben dabei fehlgegriffen.[3])

5. Fehlt die Angabe der Augusti in der Inskription, so wurden auch diese nach Gutdünken ersetzt.

So weit meine Feststellungen in der Festschrift. Dieselben Erscheinungen zeigten sich bei der Bearbeitung der übrigen Zeitabschnitte.

Hernach hat Seeck in dieser Zeitschrift X 1 ff. 177 ff. die Berichtigung der schwierigsten Periode in Angriff genommen, die Zeit Konstantins d. Gr., in welche auch die Verwechslung desselben mit seinen Söhnen hineinspielte. Die Freiheit, mit der Seeck dabei von der Überlieferung abgewichen ist, hat Mommsen trotz Anerkennung mancher treffenden Ergebnisse zu scharfem Tadel veranlaßt[4]). Seeck hat die Einwendungen Mommsens zu entkräften gesucht, doch hat er selbst anerkannt, daß seine Methode nicht gründlich genug gewesen sei. Fehlgriffe hat er in späteren Aufsätzen berichtigt und Mängel unzureichender Begründung ergänzt. In Mommsens Ausgabe ist die Aufdeckung der fehlerhaften

[1]) Vgl. S. 61. [2]) Letzteres z. B. in 10, 1, 10.

[3]) Vgl. u. 66. [4]) Bd. XXI 180 (Juristische Schriften 397 f.).

Überlieferung auf die ganze Zeit erstreckt, welche der Theodosianus umfaßt und Seeck hat nun in gleichem Umfang die Kritik des Gesetzbuchs in den 1919 erschienenen Regesten aufgenommen[1]). Was bei diesen Arbeiten an neuen Ergebnissen gewonnen worden, soll nun in den Hauptpunkten zusammengefaßt werden.[2])

Hinsichtlich der mit Doppeldatum versehenen Konstitutionen[3]), welche seltene Ausnahmen bilden, hob Mommsen S. CIV f. hervor, daß zur Vollständigkeit der Subskription doppelte Ortsangabe gehöre, wenn (wie regelmäßig) der Ausfertigungsort *(data)* und der Ort des Empfangs *(accepta)* oder des Aushangs *(proposita)* auseinanderfielen[4]); ebenso doppeltes Konsulat dann, wenn Tag der Ausfertigung und derjenige des Empfangs oder des Aushangs nicht demselben Jahr angehörten, wie namentlich dann, wenn das Gesetz gegen Ende des Jahres erlassen worden.[5]) In der Regel fehlen diese Doppelangaben; daß sie ursprünglich zu denjenigen Konstitutionen gehörten, welche nur den Tag des Empfangs oder Aushangs angeben, liegt nach der Bedeutungslosigkeit dieser Zeitangabe für die Bearbeiter des Gesetzbuchs auf der Hand; sie mußten sich mit derselben begnügen, wenn sie keinen weiteren Anhalt für die Zeitbestimmung fanden. Dennoch ist in einigen Fällen erkennbar, daß erst durch Nachlässigkeit der Bearbeiter das Datum des Erlasses verlorengegangen ist; das zeigt z. B. die übereinstimmende Verkürzung der durch Sirmond. 12 überlieferten vollständigen Subskription *dat. VII kal. Dec. Romae. proposita Karthagine sub programmate Porphyrii proconsulis non. Iun. Basso et*

[1]) Regesten der Kaiser und Päbste für die Jahre 311—476 n. Chr.

[2]) Für den Justinianischen Codex hat Seeck wie auch Mommsen nur die kritische Ausgabe benutzt und daher eine Reihe von Änderungen und Ergänzungen in der Handausgabe des Corpus Iuris übersehen, wie z. B. S. 89, 6 zu 8, 36, 4, wo schon die kritische Ausgabe darauf hinweist, daß von dem überlieferten Doppelkonsulat die zweite Hälfte zu einer ausgefallenen Konstitution von Anastasius aus dem Jahre 501 gehöre. Diese ist, wie die Addenda der 9. Auflage S. 516 bemerken, in den Basiliken 27, 1, 3 von Zachariä nachgewiesen. Ebenso ist Seeck 128, 5 die Subskription zu 7, 38, 1 entgangen.

[3]) Oben zu 3. [4]) So z. B. 8, 10, 1. 10, 17, 3.

[5]) So 11, 28, 1.

Philippo conss. in den Auszügen aus derselben Konstitution 16, 5, 43. 16, 10, 19: *dat. XVII kal. Dec. Rom. Basso et Philippo conss.*, wodurch der Tag der Ausfertigung, welcher in das Ende von 407 fiel, in das Jahr 408 versetzt wurde. Die Verkürzungen der Subskriptionen sind aber nicht bei den Bearbeitern des Gesetzbuchs stehengeblieben; sie lassen sich auch in der späteren handschriftlichen Überlieferung verfolgen.[1]) Um die Beseitigung der dadurch hervorgerufenen Fehler hatte sich schon Seeck in Anlehnung an Gothofredus bemüht, Mommsen ist dieser Aufgabe im weitesten Maße gerecht geworden. Noch schärfer tritt das Eingreifen der Bearbeiter hervor, wenn im Gesetzbuch einzelne Bruchstücke desselben Gesetzes die vollständige Unterschrift haben, andere die verkürzte. So z. B. 11, 30, 16. 17. 11, 34, 1 gegenüber 1, 16, 6. 7. 3, 30, 4. 4, 5, 1 Just. 3, 19, 2. 11, 36, 16 gegenüber 14, 3, 7.[2]) 14, 21, 1.[3])

Durch den Wegfall des Datums der Ausfertigung ist die Zeitbestimmung derselben wenigstens dem Jahr nach nicht wesentlich gehemmt; man darf sie meist in das gleiche Jahr wie das *acc.* oder *pp.* setzen. Nur wenn *acc.* oder *pp.* in den Jahresanfang fällt, kommt bei Berücksichtigung der Ortsentfernung das voraufgegangene Jahr in Frage.[4]) Irreführend wird dagegen die verstümmelte Subskription, wenn bei ursprünglich zwiefacher Konsulatsangabe die stehengebliebene ihrer Stellung nach auf das unrichtige Jahr bezogen werden muß. So ist beispielsweise von der Subskription *dat. VII kal. Nov. Antiochiae, acc. XV kal. April. Iuliano A. IIII et Sallustio conss.*, wie sie 11, 28, 1 überliefert, in den übrigen Bruchstücken desselben Gesetzes 8, 5, 115. 15, 3, 2 Just. 8, 10, 7 nur stehengeblieben *dat. VII kal. Nov. Antiochiae*

---

[1]) So für V und Brev. in 9, 15, 1, für T in 8, 4, 20. 8, 5, 37. 51. 62, für V und T in 9, 12, 2, für W in 16, 5, 57.

[2]) Hier ist auch in der Inskription Viventius statt seines Vorgängers Symmachus eingesetzt.

[3]) Regelmäßig ist das Datum des Empfangs oder des Aushangs gestrichen, ausnahmsweise dasjenige der Ausfertigung, z. B. 1, 16, 6. Just. 3, 13, 4. Weiteres bei Seeck, Regesten 81.

[4]) Ein Zwischenraum von fast einem Jahr zwischen beiden Daten, wie er in 15, 7, 1 vorliegt, ist Ausnahmefall.

Iuliano A. IIII et Sallustio conss. und damit das *dat.* in das Jahr 363 statt 362 gesetzt.

Fehlgriffe wurden ferner durch die in den benutzten Quellen gebrauchten Abkürzungen hervorgerufen. So namentlich durch die Abkürzungen *Constant.*, welche auf Constantinus und Constantius gedeutet werden konnten, und *Const.*, bei der noch die Auflösung in Constans in Frage kam. Hieraus hervorgegangene Verwechslungen hat Mommsen in der Zeitfolge der Gesetze zu den Jahren 313. 320. 326. 339 hervorgehoben.[1])

In gleicher Weise sind die Bearbeiter durch die bisweilen gebrauchte Wendung *ipsis AA. conss.* oder *ipso A. cons.*[2]) irregeführt worden, wenn sie entsprechend den Fasten die Kaisernamen einsetzten, oder wenn sie da, wo einer der Kaiser einen Privatmann zum Kollegen hatte, dieser aber in der benutzten Quelle nicht angegeben war, ihn nun aus den Fasten ergänzten.[3])

Auch wenn beide Konsuln Private waren, kam es vor, daß in den benutzten Quellen nur einer genannt war. Dies hatte zum Teil seinen Grund darin, daß der andere in der betreffenden Reichshälfte noch nicht bekannt geworden war. Seitdem nämlich die Kandidaten für das Konsulat des folgenden Jahres nicht mehr durch voraufgegangene Verständigung der Mitkaiser bestimmt wurden, sondern jeder Regent einseitig seinen Kandidaten wählte und diese Wahl dem anderen Kaiserhofe lediglich mitteilte, kam es vor, daß diese Mitteilung sich über den Anfang des neuen Jahres hinaus verzögerte. Alsdann behalf man sich damit, dem Namen des bekannten Konsuls die Worte *et qui fuerit nuntiatus* anzuhängen. Diese Formel ist im Theodosianus nur bei einigen Konstitutionen der Jahre 411. 412. 416. 420. 428. 430. 431. 435 festgehalten[4]); regelmäßig ist der Zusatz gestrichen und der fehlende Name aus den Fasten ergänzt. War nun der

[1]) Vgl. Seeck S. 23 ff.

[2]) Diese Wendung ist im Theodosianus nur ausnahmsweise stehengeblieben, z. B. 2, 9, 1. 2, 21, 2.

[3]) Seeck S. 27 f.

[4]) Vgl. Seeck, Regesten 22, 42; für das Jahr 429 ist sie durchgängig im Westreich gebraucht.



Philippo conss. in den Auszügen aus derselben Konstitution 16, 5, 43. 16, 10, 19: *dat. XVII kal. Dec. Rom. Basso et Philippo conss.*, wodurch der Tag der Ausfertigung, welcher in das Ende von 407 fiel, in das Jahr 408 versetzt wurde. Die Verkürzungen der Subskriptionen sind aber nicht bei den Bearbeitern des Gesetzbuchs stehengeblieben; sie lassen sich auch in der späteren handschriftlichen Überlieferung verfolgen.[1]) Um die Beseitigung der dadurch hervorgerufenen Fehler hatte sich schon Seeck in Anlehnung an Gothofredus bemüht, Mommsen ist dieser Aufgabe im weitesten Maße gerecht geworden. Noch schärfer tritt das Eingreifen der Bearbeiter hervor, wenn im Gesetzbuch einzelne Bruchstücke desselben Gesetzes die vollständige Unterschrift haben, andere die verkürzte. So z. B. 11, 30, 16. 17. 11, 34, 1 gegenüber 1, 16, 6. 7. 3, 30, 4. 4, 5, 1 Just. 3, 19, 2. 11, 36, 16 gegenüber 14, 3, 7.[2]) 14, 21, 1.[3])

Durch den Wegfall des Datums der Ausfertigung ist die Zeitbestimmung derselben wenigstens dem Jahr nach nicht wesentlich gehemmt; man darf sie meist in das gleiche Jahr wie das *acc.* oder *pp.* setzen. Nur wenn *acc.* oder *pp.* in den Jahresanfang fällt, kommt bei Berücksichtigung der Ortsentfernung das voraufgegangene Jahr in Frage.[4]) Irreführend wird dagegen die verstümmelte Subskription, wenn bei ursprünglich zwiefacher Konsulatsangabe die stehengebliebene ihrer Stellung nach auf das unrichtige Jahr bezogen werden muß. So ist beispielsweise von der Subskription *dat. VII kal. Nov. Antiochiae, acc. XV kal. April. Iuliano A. IIII et Sallustio conss.*, wie sie 11, 28, 1 überliefert, in den übrigen Bruchstücken desselben Gesetzes 8, 5, 115. 15, 3, 2 Just. 8, 10, 7 nur stehengeblieben *dat. VII kal. Nov. Antiochiae*

---

[1]) So für V und Brev. in 9, 15, 1, für T in 8, 4, 20. 8, 5, 37. 51. 62, für V und T in 9, 12, 2, für W in 16, 5, 57.

[2]) Hier ist auch in der Inskription Viventius statt seines Vorgängers Symmachus eingesetzt.

[3]) Regelmäßig ist das Datum des Empfangs oder des Aushangs gestrichen, ausnahmsweise dasjenige der Ausfertigung, z. B. 1, 16, 6. Just. 3, 13, 4. Weiteres bei Seeck, Regesten 81.

[4]) Ein Zwischenraum von fast einem Jahr zwischen beiden Daten, wie er in 15, 7, 1 vorliegt, ist Ausnahmefall.

Iuliano A. IIII et Sallustio conss. und damit das *dat.* in das Jahr 363 statt 362 gesetzt.

Fehlgriffe wurden ferner durch die in den benutzten Quellen gebrauchten Abkürzungen hervorgerufen. So namentlich durch die Abkürzungen *Constant.*, welche auf Constantinus und Constantius gedeutet werden konnten, und *Const.*, bei der noch die Auflösung in Constans in Frage kam. Hieraus hervorgegangene Verwechslungen hat Mommsen in der Zeitfolge der Gesetze zu den Jahren 313. 320. 326. 339 hervorgehoben.[1])

In gleicher Weise sind die Bearbeiter durch die bisweilen gebrauchte Wendung *ipsis AA. conss.* oder *ipso A. cons.*[2]) irregeführt worden, wenn sie entsprechend den Fasten die Kaisernamen einsetzten, oder wenn sie da, wo einer der Kaiser einen Privatmann zum Kollegen hatte, dieser aber in der benutzten Quelle nicht angegeben war, ihn nun aus den Fasten ergänzten.[3])

Auch wenn beide Konsuln Private waren, kam es vor, daß in den benutzten Quellen nur einer genannt war. Dies hatte zum Teil seinen Grund darin, daß der andere in der betreffenden Reichshälfte noch nicht bekannt geworden war. Seitdem nämlich die Kandidaten für das Konsulat des folgenden Jahres nicht mehr durch voraufgegangene Verständigung der Mitkaiser bestimmt wurden, sondern jeder Regent einseitig seinen Kandidaten wählte und diese Wahl dem anderen Kaiserhofe lediglich mitteilte, kam es vor, daß diese Mitteilung sich über den Anfang des neuen Jahres hinaus verzögerte. Alsdann behalf man sich damit, dem Namen des bekannten Konsuls die Worte *et qui fuerit nuntiatus* anzuhängen. Diese Formel ist im Theodosianus nur bei einigen Konstitutionen der Jahre 411. 412. 416. 420. 428. 430. 431. 435 festgehalten[4]); regelmäßig ist der Zusatz gestrichen und der fehlende Name aus den Fasten ergänzt. War nun der

[1]) Vgl. Seeck S. 23ff.

[2]) Diese Wendung ist im Theodosianus nur ausnahmsweise stehengeblieben, z. B. 2, 9, 1. 2, 21, 2.

[3]) Seeck S. 27f.

[4]) Vgl. Seeck, Regesten 22, 42; für das Jahr 429 ist sie durchgängig im Westreich gebraucht.



Genannte mehrmals Konsul gewesen, die Wiederholungsziffer aber in der benutzten Quelle nicht angegeben, so konnte in der Ergänzung fehlgegriffen werden. Ein Beispiel dafür geben die Konsulate Stilichos in den Jahren 400 und 405. In den Konstitutionen 2, 8, 24 = 16, 2, 35. 9, 38, 10. 11, 1, 27. 11, 20, 3. 16, 5, 37 ist als Kollege aus dem Jahre 400 Aurelianus ergänzt. Daß sie aber dem Jahre 405 angehören, ergibt sich teils aus der Ortsangabe Ravenna, wohin Honorius erst 402 aus Mailand übergesiedelt war, teils aus Sirmond. 2 (= 16, 2, 35) mit dem Konsulat Stilichone II cons., endlich aus dem Adressaten zu 2, 8, 24. 11, 20, 3. 16, 2, 35. 16, 5, 37 Hadrianus ppo., welcher erst im Jahre 405 Präfekt geworden.[1])

Zu beachten ist noch, daß wenn dem Konsulat die Ortsangabe *Constantinopoli* voraufgeht, der Ausfall von *p. c.* durch Verwechslung mit *cp.* als Abkürzung von *Constantinopoli* herbeigeführt sein kann. In den Handschriften des Theodosianus ist mir freilich diese Abkürzung nicht begegnet, dagegen steht sie fast durchgängig in den Handschriften des Iustinianus.[2]) Wo *Constantinopoli* den Konsulnamen Constantinus oder Constantius und Constans voraufgeht, kann der Ort auch als Dittographie eingeschoben sein, wie schon Gothofredus angenommen hat.

Die Interpolation der Konsulate aus den Fasten hat auch hier mit der Gesetzgebungskommission nicht abgeschlossen. Dies zeigt sich da, wo die handschriftliche Überlieferung bei denselben Konstitutionen auseinandergeht. So haben in der oben besprochenen 5, 1, 9 die ursprüngliche Fassung *Tauro et qui fuerit nuntiatus* die Handschriften HN bewahrt[3]), während die übrigen *tauro et felice* oder *felice et tauro* haben und eine beide Lesungen verbindet in der Fassung *tauro et felice et qui fuerit nuntiatus.*[4]) Zu 9, 45, 4 haben VE *antiocho uc. et qui fuerit nuntiatus,* CG haben *anthioco uic.,* die übrigen *antiocho et basso.* Zu 9, 45, 5 ist statt *et qui fuerit nuntiatus* (so V) im Just. (D) eingesetzt *et terio* (entstanden aus *et hierio*).

---

[1]) Mommsen, Vorrede CLXX.

[2]) Überwiegend im Veronensis, stets in *PLD.*

[3]) Dies verkürzen Paris. 4409. 4412 zu *Tauro uc.*

[4]) Zu Just. 6, 18, 1 hat der Veronensis *hierio et tauro.*

Von den oben S. 61 erwähnten Widersprüchen zwischen dem Konsulat und der Inskription oder dem Tagesdatum oder der Ortsangabe, welche sich durch den Ausfall der Abkürzung *p. c.* vor den Konsulnamen erklären lassen, bringt Seeck S. 66 ff. eine reiche Zusammenstellung. Auf Grund der Beobachtung, daß dies namentlich bei Kaiserkonsulaten zutrifft, stellt er den Satz auf, daß bei ihnen diese Erklärung der Fehlgriffe die nächstliegende sei, wenn einer der gedachten Anstöße zu beheben sei.

Eine Nötigung der Gesetzgebungskommission zu willkürlichen Ergänzungen der Subskriptionen lag, wie Seeck meint, in den Fällen vor, wo das Konsulat oder der dies in den benutzten Quellen fehlte.[1]) Er stützt sich dafür auf die Vorschrift Konstantins d. Gr. in 1, 1, 1, daß die Konstitutionen *sine die et consule* keine Geltung haben sollten. Darin liegt ein Mißverständnis, die Vorschrift bezog sich nur auf solche Konstitutionen, deren Echtheit zweifelhaft war und wegen der Lücken nicht wohl nachgeprüft werden konnte.[2]) Was die Kommission glaubte aufnehmen zu müssen, hatte sie als echt anerkannt[3]); was sie sich bemüßigt sah um der Gleichmäßigkeit willen auch ohne Anhalt nachzutragen[4]), hatte für die Geltung der Konstitutionen nur insofern Bedeutung, als die damit gegebene Zeitbestimmung für die Entscheidung maßgebend werden konnte, ob sie etwa durch jüngere Konstitutionen aufgehoben seien, eine Entscheidung, welche der Kommission abgenommen war, damit die Vollendung des Gesetzbuchs nicht dadurch aufgehalten werde.[5])

Einen Anlaß das Konsulat aus den Fasten zu ergänzen boten noch solche Stellen, welche statt des Konsulats die Indiktion angeben. Solcher Subskriptionen sind im Gesetz-

---

[1]) Regesten S. 90 f.

[2]) Darauf allein gehen auch die früheren Streitigkeiten über die Gültigkeit der Konstitutionen *sine die et consule.*

[3]) So 3, 32, 2. 13, 9, 2.

[4]) Zu 3, 32, 2 ist dies erst im Iustinianus erfolgt.

[5]) Vgl. 1, 1, 5; diese Anweisung meinte nicht, daß alle angeblichen Konstitutionen vorläufig aufgenommen werden sollten, und *posthac* in 1, 1, 1 ist, wenn überhaupt zum ursprünglichen Text gehörig, im Sinn des Gesetzbuchs auf die Zeit nach Abschluß desselben zu beziehen.

Genannte mehrmals Konsul gewesen, die Wiederholungsziffer aber in der benutzten Quelle nicht angegeben, so konnte in der Ergänzung fehlgegriffen werden. Ein Beispiel dafür geben die Konsulate Stilichos in den Jahren 400 und 405. In den Konstitutionen 2, 8, 24 = 16, 2, 35. 9, 38, 10. 11, 1, 27. 11, 20, 3. 16, 5, 37 ist als Kollege aus dem Jahre 400 Aurelianus ergänzt. Daß sie aber dem Jahre 405 angehören, ergibt sich teils aus der Ortsangabe Ravenna, wohin Honorius erst 402 aus Mailand übergesiedelt war, teils aus Sirmond. 2 (= 16, 2, 35) mit dem Konsulat Stilichone II cons., endlich aus dem Adressaten zu 2, 8, 24. 11, 20, 3. 16, 2, 35. 16, 5, 37 Hadrianus ppo., welcher erst im Jahre 405 Präfekt geworden.[1])

Zu beachten ist noch, daß wenn dem Konsulat die Ortsangabe *Constantinopoli* voraufgeht, der Ausfall von *p. c.* durch Verwechslung mit *cp.* als Abkürzung von *Constantinopoli* herbeigeführt sein kann. In den Handschriften des Theodosianus ist mir freilich diese Abkürzung nicht begegnet, dagegen steht sie fast durchgängig in den Handschriften des Iustinianus.[2]) Wo *Constantinopoli* den Konsulnamen Constantinus oder Constantius und Constans voraufgeht, kann der Ort auch als Dittographie eingeschoben sein, wie schon Gothofredus angenommen hat.

Die Interpolation der Konsulate aus den Fasten hat auch hier mit der Gesetzgebungskommission nicht abgeschlossen. Dies zeigt sich da, wo die handschriftliche Überlieferung bei denselben Konstitutionen auseinandergeht. So haben in der oben besprochenen 5, 1, 9 die ursprüngliche Fassung *Tauro et qui fuerit nuntiatus* die Handschriften HN bewahrt[3]), während die übrigen *tauro et felice* oder *felice et tauro* haben und eine beide Lesungen verbindet in der Fassung *tauro et felice et qui fuerit nuntiatus.*[4]) Zu 9, 45, 4 haben VE *antiocho uc. et qui fuerit nuntiatus,* CG haben *anthioco uic.,* die übrigen *antiocho et basso.* Zu 9, 45, 5 ist statt *et qui fuerit nuntiatus* (so V) im Just. (D) eingesetzt *et terio* (entstanden aus *et hierio*).

---

[1]) Mommsen, Vorrede CLXX.

[2]) Überwiegend im Veronensis, stets in *PLD.*

[3]) Dies verkürzen Paris. 4409. 4412 zu *Tauro uc.*

[4]) Zu Just. 6, 18, 1 hat der Veronensis *hierio et tauro.*

Von den oben S. 61 erwähnten Widersprüchen zwischen dem Konsulat und der Inskription oder dem Tagesdatum oder der Ortsangabe, welche sich durch den Ausfall der Abkürzung *p. c.* vor den Konsulnamen erklären lassen, bringt Seeck S. 66 ff. eine reiche Zusammenstellung. Auf Grund der Beobachtung, daß dies namentlich bei Kaiserkonsulaten zutrifft, stellt er den Satz auf, daß bei ihnen diese Erklärung der Fehlgriffe die nächstliegende sei, wenn einer der gedachten Anstöße zu beheben sei.

Eine Nötigung der Gesetzgebungskommission zu willkürlichen Ergänzungen der Subskriptionen lag, wie Seeck meint, in den Fällen vor, wo das Konsulat oder der dies in den benutzten Quellen fehlte.[1]) Er stützt sich dafür auf die Vorschrift Konstantins d. Gr. in 1, 1, 1, daß die Konstitutionen *sine die et consule* keine Geltung haben sollten. Darin liegt ein Mißverständnis, die Vorschrift bezog sich nur auf solche Konstitutionen, deren Echtheit zweifelhaft war und wegen der Lücken nicht wohl nachgeprüft werden konnte.[2]) Was die Kommission glaubte aufnehmen zu müssen, hatte sie als echt anerkannt[3]); was sie sich bemüßigt sah um der Gleichmäßigkeit willen auch ohne Anhalt nachzutragen[4]), hatte für die Geltung der Konstitutionen nur insofern Bedeutung, als die damit gegebene Zeitbestimmung für die Entscheidung maßgebend werden konnte, ob sie etwa durch jüngere Konstitutionen aufgehoben seien, eine Entscheidung, welche der Kommission abgenommen war, damit die Vollendung des Gesetzbuchs nicht dadurch aufgehalten werde.[5])

Einen Anlaß das Konsulat aus den Fasten zu ergänzen boten noch solche Stellen, welche statt des Konsulats die Indiktion angeben. Solcher Subskriptionen sind im Gesetz-

---

[1]) Regesten S. 90 f.

[2]) Darauf allein gehen auch die früheren Streitigkeiten über die Gültigkeit der Konstitutionen *sine die et consule.*

[3]) So 3, 32, 2. 13, 9, 2.

[4]) Zu 3, 32, 2 ist dies erst im Iustinianus erfolgt.

[5]) Vgl. 1, 1, 5; diese Anweisung meinte nicht, daß alle angeblichen Konstitutionen vorläufig aufgenommen werden sollten, und *posthac* in 1, 1, 1 ist, wenn überhaupt zum ursprünglichen Text gehörig, im Sinn des Gesetzbuchs auf die Zeit nach Abschluß desselben zu beziehen.

buch nur wenige stehengeblieben[1]); daß die Bearbeiter Umgestaltungen vorgenommen haben, läßt sich aus einzelnen Unterschriften schließen, welche falsche Konsulate aufweisen, weil der Fehler dadurch hervorgerufen ist, daß der angegebene Monat nicht auf das Steuerjahr (1. September bis 31. August), sondern auf das voraufgehende Kalenderjahr bezogen wurde.[2])

Jahre, in denen es nur zur Ernennung eines Konsuls kam, bilden eine seltene Ausnahme; wo, wie oben schon berührt, der noch fehlende Kollege nachträglich hinzutrat oder in der anderen Reichshälfte bekannt wurde, ist dieser meist aus den Fasten ergänzt worden.

Zu den Mißgriffen in den Subskriptionen gesellen sich diejenigen in den Inskriptionen, so zunächst in den Angaben der Herrscher, welche ordnungsmäßig sämtlich zu nennen waren. Daß Gratian bald falsch zugesetzt, bald irrig weggelassen worden, hatte sich schon in der Festschrift für Mommsen S. 77[3]) ergeben, Mommsen selbst hat dann in der Vorrede S. CLX f. die sämtlichen darin begangenen Fehler vermerkt. Seeck S. 112 f. bringt noch eine reiche Zusammenstellung hinsichtlich der Adressaten; er hebt hervor, daß die Namen derselben weniger gelitten haben als die Angaben der Ämter. Nicht immer trifft Seeck hier das Richtige in Beseitigung der Mißgriffe; namentlich nimmt er es auch jetzt noch, wie schon in seinen früheren Aufsätzen, zu leicht mit der Annahme von Zusammenhängen einzelner Konstitutionen. Bedenklich ist z. B. die von Seeck 120, 5 angenommene Verbindung von 7, 18, 16 *dat. prid. id. Iun. Rav. post conss. Honorio VIIII et Theodosio V AA. conss.* (413) mit 9, 38, 11 *dat. prid. id. Feb. Rav. Varana cons.* (410) als Stücke desselben Gesetzes. Sie stützt sich auf den Namen des Adressaten Gaiso, auf *prid. id.* und auf die Verwandtschaft des Inhalts. Letztere ist gerade zweifelhaft, denn Zurücksetzung in der Beförderung wegen Überschreitung des Urlaubs (c. 16) und Amnestie für diejenigen, welche unter einem Tyrannen gedient, aber sich zeitig wieder Honorius angeschlossen hatten

[1]) Vgl. Gothofredus I 205 f.

[2]) 12, 12, 2, wo vor dem Konsulat auch noch *indictione XV* stehengeblieben.

[3]) Oben S. 59 zu 2.

(c. 11), stehen in keiner sachlichen Verbindung. Seeck führt selbst an, daß der Inhalt von c. 11 sowohl auf das Jahr 410 passe, in welchem der Tyrann Attalus abgesetzt wurde, als auf 413, wo Jovinus das gleiche Schicksal traf. Der Adressat wird in c. 16 als *comes et magister militum,* in c. 11 als *comes et magister officiorum* bezeichnet; daß nebeneinander zwei Gaisones in diesen beiden Reichsämtern gestanden hätten, ist nicht ausgeschlossen, Beweise fehlen, weil für diese Jahre die Beamtenlisten lückenhaft sind. Wenn aber, wie nicht unwahrscheinlich, der Adressat Gaiso in beiden Gesetzen die gleiche Person war, so ist wohl in c. 18 hinter *militum* Name und Titel des Magister officiorum ausgefallen, in c. 11 vor *officiorum* zu ergänzen *militum et* mit dem Namen des Magister officiorum. Daß aus dem *et cetera* am Schlusse von c. 16 und dem *post alia* vom c. 11 kein sicherer Anschluß dieser beiden Gesetze aneinander sich ergibt, geht aus dem in dieser Zeitschrift XXXIV S. 8 ff. Gesagten hervor.

Damit sind im wesentlichen die Fehler zusammengefaßt, welche bei Benutzung des Theodosianus für die Zeitbestimmung der Konstitutionen zu beachten sind. Wodurch sie hervorgerufen sein mögen, ist hinsichtlich der aus den Provinzial-Regesten entlehnten Konstitutionen in der Festschrift für Mommsen S. 82 f. angedeutet. Wenn in diesem Aufsatz mehrfach Bedenken gegen Seecks Heilungsversuche der Fehler des Theodosianus ausgesprochen sind, so soll damit doch nicht bestritten werden, daß seine Regesten eine weitgehende Förderung der gestellten Aufgabe gebracht haben.

---

buch nur wenige stehengeblieben[1]); daß die Bearbeiter Umgestaltungen vorgenommen haben, läßt sich aus einzelnen Unterschriften schließen, welche falsche Konsulate aufweisen, weil der Fehler dadurch hervorgerufen ist, daß der angegebene Monat nicht auf das Steuerjahr (1. September bis 31. August), sondern auf das voraufgehende Kalenderjahr bezogen wurde.[2])

Jahre, in denen es nur zur Ernennung eines Konsuls kam, bilden eine seltene Ausnahme; wo, wie oben schon berührt, der noch fehlende Kollege nachträglich hinzutrat oder in der anderen Reichshälfte bekannt wurde, ist dieser meist aus den Fasten ergänzt worden.

Zu den Mißgriffen in den Subskriptionen gesellen sich diejenigen in den Inskriptionen, so zunächst in den Angaben der Herrscher, welche ordnungsmäßig sämtlich zu nennen waren. Daß Gratian bald falsch zugesetzt, bald irrig weggelassen worden, hatte sich schon in der Festschrift für Mommsen S. 77[3]) ergeben, Mommsen selbst hat dann in der Vorrede S. CLX f. die sämtlichen darin begangenen Fehler vermerkt. Seeck S. 112 f. bringt noch eine reiche Zusammenstellung hinsichtlich der Adressaten; er hebt hervor, daß die Namen derselben weniger gelitten haben als die Angaben der Ämter. Nicht immer trifft Seeck hier das Richtige in Beseitigung der Mißgriffe; namentlich nimmt er es auch jetzt noch, wie schon in seinen früheren Aufsätzen, zu leicht mit der Annahme von Zusammenhängen einzelner Konstitutionen. Bedenklich ist z. B. die von Seeck 120, 5 angenommene Verbindung von 7, 18, 16 *dat. prid. id. Iun. Rav. post conss. Honorio VIIII et Theodosio V AA. conss.* (413) mit 9, 38, 11 *dat. prid. id. Feb. Rav. Varana cons.* (410) als Stücke desselben Gesetzes. Sie stützt sich auf den Namen des Adressaten Gaiso, auf *prid. id.* und auf die Verwandtschaft des Inhalts. Letztere ist gerade zweifelhaft, denn Zurücksetzung in der Beförderung wegen Überschreitung des Urlaubs (c. 16) und Amnestie für diejenigen, welche unter einem Tyrannen gedient, aber sich zeitig wieder Honorius angeschlossen hatten

---

[1]) Vgl. Gothofredus I 205 f.

[2]) 12, 12, 2, wo vor dem Konsulat auch noch *indictione XV* stehengeblieben.

[3]) Oben S. 59 zu 2.

(c. 11), stehen in keiner sachlichen Verbindung. Seeck führt selbst an, daß der Inhalt von c. 11 sowohl auf das Jahr 410 passe, in welchem der Tyrann Attalus abgesetzt wurde, als auf 413, wo Jovinus das gleiche Schicksal traf. Der Adressat wird in c. 16 als *comes et magister militum,* in c. 11 als *comes et magister officiorum* bezeichnet; daß nebeneinander zwei Gaisones in diesen beiden Reichsämtern gestanden hätten, ist nicht ausgeschlossen, Beweise fehlen, weil für diese Jahre die Beamtenlisten lückenhaft sind. Wenn aber, wie nicht unwahrscheinlich, der Adressat Gaiso in beiden Gesetzen die gleiche Person war, so ist wohl in c. 18 hinter *militum* Name und Titel des Magister officiorum ausgefallen, in c. 11 vor *officiorum* zu ergänzen *militum et* mit dem Namen des Magister officiorum. Daß aus dem *et cetera* am Schlusse von c. 16 und dem *post alia* vom c. 11 kein sicherer Anschluß dieser beiden Gesetze aneinander sich ergibt, geht aus dem in dieser Zeitschrift XXXIV S. 8 ff. Gesagten hervor.

Damit sind im wesentlichen die Fehler zusammengefaßt, welche bei Benutzung des Theodosianus für die Zeitbestimmung der Konstitutionen zu beachten sind. Wodurch sie hervorgerufen sein mögen, ist hinsichtlich der aus den Provinzial-Regesten entlehnten Konstitutionen in der Festschrift für Mommsen S. 82 f. angedeutet. Wenn in diesem Aufsatz mehrfach Bedenken gegen Seecks Heilungsversuche der Fehler des Theodosianus ausgesprochen sind, so soll damit doch nicht bestritten werden, daß seine Regesten eine weitgehende Förderung der gestellten Aufgabe gebracht haben.

---

buch nur wenige stehengeblieben[1]); daß die Bearbeiter Umgestaltungen vorgenommen haben, läßt sich aus einzelnen Unterschriften schließen, welche falsche Konsulate aufweisen, weil der Fehler dadurch hervorgerufen ist, daß der angegebene Monat nicht auf das Steuerjahr (1. September bis 31. August), sondern auf das voraufgehende Kalenderjahr bezogen wurde.[2])

Jahre, in denen es nur zur Ernennung eines Konsuls kam, bilden eine seltene Ausnahme; wo, wie oben schon berührt, der noch fehlende Kollege nachträglich hinzutrat oder in der anderen Reichshälfte bekannt wurde, ist dieser meist aus den Fasten ergänzt worden.

Zu den Mißgriffen in den Subskriptionen gesellen sich diejenigen in den Inskriptionen, so zunächst in den Angaben der Herrscher, welche ordnungsmäßig sämtlich zu nennen waren. Daß Gratian bald falsch zugesetzt, bald irrig weggelassen worden, hatte sich schon in der Festschrift für Mommsen S. 77[3]) ergeben, Mommsen selbst hat dann in der Vorrede S. CLX f. die sämtlichen darin begangenen Fehler vermerkt. Seeck S. 112 f. bringt noch eine reiche Zusammenstellung hinsichtlich der Adressaten; er hebt hervor, daß die Namen derselben weniger gelitten haben als die Angaben der Ämter. Nicht immer trifft Seeck hier das Richtige in Beseitigung der Mißgriffe; namentlich nimmt er es auch jetzt noch, wie schon in seinen früheren Aufsätzen, zu leicht mit der Annahme von Zusammenhängen einzelner Konstitutionen. Bedenklich ist z. B. die von Seeck 120, 5 angenommene Verbindung von 7, 18, 16 *dat. prid. id. Iun. Rav. post conss. Honorio VIIII et Theodosio V AA. conss.* (413) mit 9, 38, 11 *dat. prid. id. Feb. Rav. Varana cons.* (410) als Stücke desselben Gesetzes. Sie stützt sich auf den Namen des Adressaten Gaiso, auf *prid. id.* und auf die Verwandtschaft des Inhalts. Letztere ist gerade zweifelhaft, denn Zurücksetzung in der Beförderung wegen Überschreitung des Urlaubs (c. 16) und Amnestie für diejenigen, welche unter einem Tyrannen gedient, aber sich zeitig wieder Honorius angeschlossen hatten

---

[1]) Vgl. Gothofredus I 205 f.

[2]) 12, 12, 2, wo vor dem Konsulat auch noch *indictione XV* stehengeblieben.

[3]) Oben S. 59 zu 2.

(c. 11), stehen in keiner sachlichen Verbindung. Seeck führt selbst an, daß der Inhalt von c. 11 sowohl auf das Jahr 410 passe, in welchem der Tyrann Attalus abgesetzt wurde, als auf 413, wo Jovinus das gleiche Schicksal traf. Der Adressat wird in c. 16 als *comes et magister militum,* in c. 11 als *comes et magister officiorum* bezeichnet; daß nebeneinander zwei Gaisones in diesen beiden Reichsämtern gestanden hätten, ist nicht ausgeschlossen, Beweise fehlen, weil für diese Jahre die Beamtenlisten lückenhaft sind. Wenn aber, wie nicht unwahrscheinlich, der Adressat Gaiso in beiden Gesetzen die gleiche Person war, so ist wohl in c. 18 hinter *militum* Name und Titel des Magister officiorum ausgefallen, in c. 11 vor *officiorum* zu ergänzen *militum et* mit dem Namen des Magister officiorum. Daß aus dem *et cetera* am Schlusse von c. 16 und dem *post alia* vom c. 11 kein sicherer Anschluß dieser beiden Gesetze aneinander sich ergibt, geht aus dem in dieser Zeitschrift XXXIV S. 8 ff. Gesagten hervor.

Damit sind im wesentlichen die Fehler zusammengefaßt, welche bei Benutzung des Theodosianus für die Zeitbestimmung der Konstitutionen zu beachten sind. Wodurch sie hervorgerufen sein mögen, ist hinsichtlich der aus den Provinzial-Regesten entlehnten Konstitutionen in der Festschrift für Mommsen S. 82 f. angedeutet. Wenn in diesem Aufsatz mehrfach Bedenken gegen Seecks Heilungsversuche der Fehler des Theodosianus ausgesprochen sind, so soll damit doch nicht bestritten werden, daß seine Regesten eine weitgehende Förderung der gestellten Aufgabe gebracht haben.

---

buch nur wenige stehengeblieben[1]); daß die Bearbeiter Umgestaltungen vorgenommen haben, läßt sich aus einzelnen Unterschriften schließen, welche falsche Konsulate aufweisen, weil der Fehler dadurch hervorgerufen ist, daß der angegebene Monat nicht auf das Steuerjahr (1. September bis 31. August), sondern auf das voraufgehende Kalenderjahr bezogen wurde.[2])

Jahre, in denen es nur zur Ernennung eines Konsuls kam, bilden eine seltene Ausnahme; wo, wie oben schon berührt, der noch fehlende Kollege nachträglich hinzutrat oder in der anderen Reichshälfte bekannt wurde, ist dieser meist aus den Fasten ergänzt worden.

Zu den Mißgriffen in den Subskriptionen gesellen sich diejenigen in den Inskriptionen, so zunächst in den Angaben der Herrscher, welche ordnungsmäßig sämtlich zu nennen waren. Daß Gratian bald falsch zugesetzt, bald irrig weggelassen worden, hatte sich schon in der Festschrift für Mommsen S. 77[3]) ergeben, Mommsen selbst hat dann in der Vorrede S. CLX f. die sämtlichen darin begangenen Fehler vermerkt. Seeck S. 112 f. bringt noch eine reiche Zusammenstellung hinsichtlich der Adressaten; er hebt hervor, daß die Namen derselben weniger gelitten haben als die Angaben der Ämter. Nicht immer trifft Seeck hier das Richtige in Beseitigung der Mißgriffe; namentlich nimmt er es auch jetzt noch, wie schon in seinen früheren Aufsätzen, zu leicht mit der Annahme von Zusammenhängen einzelner Konstitutionen. Bedenklich ist z. B. die von Seeck 120, 5 angenommene Verbindung von 7, 18, 16 *dat. prid. id. Iun. Rav. post conss. Honorio VIIII et Theodosio V AA. conss.* (413) mit 9, 38, 11 *dat. prid. id. Feb. Rav. Varana cons.* (410) als Stücke desselben Gesetzes. Sie stützt sich auf den Namen des Adressaten Gaiso, auf *prid. id.* und auf die Verwandtschaft des Inhalts. Letztere ist gerade zweifelhaft, denn Zurücksetzung in der Beförderung wegen Überschreitung des Urlaubs (c. 16) und Amnestie für diejenigen, welche unter einem Tyrannen gedient, aber sich zeitig wieder Honorius angeschlossen hatten

---

[1]) Vgl. Gothofredus I 205 f.

[2]) 12, 12, 2, wo vor dem Konsulat auch noch *indictione XV* stehengeblieben.

[3]) Oben S. 59 zu 2.

(c. 11), stehen in keiner sachlichen Verbindung. Seeck führt selbst an, daß der Inhalt von c. 11 sowohl auf das Jahr 410 passe, in welchem der Tyrann Attalus abgesetzt wurde, als auf 413, wo Jovinus das gleiche Schicksal traf. Der Adressat wird in c. 16 als *comes et magister militum,* in c. 11 als *comes et magister officiorum* bezeichnet; daß nebeneinander zwei Gaisones in diesen beiden Reichsämtern gestanden hätten, ist nicht ausgeschlossen, Beweise fehlen, weil für diese Jahre die Beamtenlisten lückenhaft sind. Wenn aber, wie nicht unwahrscheinlich, der Adressat Gaiso in beiden Gesetzen die gleiche Person war, so ist wohl in c. 18 hinter *militum* Name und Titel des Magister officiorum ausgefallen, in c. 11 vor *officiorum* zu ergänzen *militum et* mit dem Namen des Magister officiorum. Daß aus dem *et cetera* am Schlusse von c. 16 und dem *post alia* vom c. 11 kein sicherer Anschluß dieser beiden Gesetze aneinander sich ergibt, geht aus dem in dieser Zeitschrift XXXIV S. 8 ff. Gesagten hervor.

Damit sind im wesentlichen die Fehler zusammengefaßt, welche bei Benutzung des Theodosianus für die Zeitbestimmung der Konstitutionen zu beachten sind. Wodurch sie hervorgerufen sein mögen, ist hinsichtlich der aus den Provinzial-Regesten entlehnten Konstitutionen in der Festschrift für Mommsen S. 82 f. angedeutet. Wenn in diesem Aufsatz mehrfach Bedenken gegen Seecks Heilungsversuche der Fehler des Theodosianus ausgesprochen sind, so soll damit doch nicht bestritten werden, daß seine Regesten eine weitgehende Förderung der gestellten Aufgabe gebracht haben.

---

buch nur wenige stehengeblieben[1]); daß die Bearbeiter Umgestaltungen vorgenommen haben, läßt sich aus einzelnen Unterschriften schließen, welche falsche Konsulate aufweisen, weil der Fehler dadurch hervorgerufen ist, daß der angegebene Monat nicht auf das Steuerjahr (1. September bis 31. August), sondern auf das voraufgehende Kalenderjahr bezogen wurde.[2])

Jahre, in denen es nur zur Ernennung eines Konsuls kam, bilden eine seltene Ausnahme; wo, wie oben schon berührt, der noch fehlende Kollege nachträglich hinzutrat oder in der anderen Reichshälfte bekannt wurde, ist dieser meist aus den Fasten ergänzt worden.

Zu den Mißgriffen in den Subskriptionen gesellen sich diejenigen in den Inskriptionen, so zunächst in den Angaben der Herrscher, welche ordnungsmäßig sämtlich zu nennen waren. Daß Gratian bald falsch zugesetzt, bald irrig weggelassen worden, hatte sich schon in der Festschrift für Mommsen S. 77[3]) ergeben, Mommsen selbst hat dann in der Vorrede S. CLX f. die sämtlichen darin begangenen Fehler vermerkt. Seeck S. 112 f. bringt noch eine reiche Zusammenstellung hinsichtlich der Adressaten; er hebt hervor, daß die Namen derselben weniger gelitten haben als die Angaben der Ämter. Nicht immer trifft Seeck hier das Richtige in Beseitigung der Mißgriffe; namentlich nimmt er es auch jetzt noch, wie schon in seinen früheren Aufsätzen, zu leicht mit der Annahme von Zusammenhängen einzelner Konstitutionen. Bedenklich ist z. B. die von Seeck 120, 5 angenommene Verbindung von 7, 18, 16 *dat. prid. id. Iun. Rav. post conss. Honorio VIIII et Theodosio V AA. conss.* (413) mit 9, 38, 11 *dat. prid. id. Feb. Rav. Varana cons.* (410) als Stücke desselben Gesetzes. Sie stützt sich auf den Namen des Adressaten Gaiso, auf *prid. id.* und auf die Verwandtschaft des Inhalts. Letztere ist gerade zweifelhaft, denn Zurücksetzung in der Beförderung wegen Überschreitung des Urlaubs (c. 16) und Amnestie für diejenigen, welche unter einem Tyrannen gedient, aber sich zeitig wieder Honorius angeschlossen hatten

---

[1]) Vgl. Gothofredus I 205 f.

[2]) 12, 12, 2, wo vor dem Konsulat auch noch *indictione XV* stehengeblieben.

[3]) Oben S. 59 zu 2.

(c. 11), stehen in keiner sachlichen Verbindung. Seeck führt selbst an, daß der Inhalt von c. 11 sowohl auf das Jahr 410 passe, in welchem der Tyrann Attalus abgesetzt wurde, als auf 413, wo Jovinus das gleiche Schicksal traf. Der Adressat wird in c. 16 als *comes et magister militum,* in c. 11 als *comes et magister officiorum* bezeichnet; daß nebeneinander zwei Gaisones in diesen beiden Reichsämtern gestanden hätten, ist nicht ausgeschlossen, Beweise fehlen, weil für diese Jahre die Beamtenlisten lückenhaft sind. Wenn aber, wie nicht unwahrscheinlich, der Adressat Gaiso in beiden Gesetzen die gleiche Person war, so ist wohl in c. 18 hinter *militum* Name und Titel des Magister officiorum ausgefallen, in c. 11 vor *officiorum* zu ergänzen *militum et* mit dem Namen des Magister officiorum. Daß aus dem *et cetera* am Schlusse von c. 16 und dem *post alia* vom c. 11 kein sicherer Anschluß dieser beiden Gesetze aneinander sich ergibt, geht aus dem in dieser Zeitschrift XXXIV S. 8 ff. Gesagten hervor.

Damit sind im wesentlichen die Fehler zusammengefaßt, welche bei Benutzung des Theodosianus für die Zeitbestimmung der Konstitutionen zu beachten sind. Wodurch sie hervorgerufen sein mögen, ist hinsichtlich der aus den Provinzial-Regesten entlehnten Konstitutionen in der Festschrift für Mommsen S. 82 f. angedeutet. Wenn in diesem Aufsatz mehrfach Bedenken gegen Seecks Heilungsversuche der Fehler des Theodosianus ausgesprochen sind, so soll damit doch nicht bestritten werden, daß seine Regesten eine weitgehende Förderung der gestellten Aufgabe gebracht haben.

V.
Contrarius consensus.

Von
Herrn Professor Dr. **Heinrich Siber**
in Leipzig.

I.

Das römische Recht kennt neben den häufigen formalen Aufhebungsakten für Formalgeschäfte auch einen dem formlosen Konsensualkontrakt[1]) entsprechenden formlosen Aufhebungsakt, den contrarius consensus. Will man solche Konträrakte, weil ihre Erfindung naheliegt, als natürlich bezeichnen, so ist doch die Behauptung, daß „nichts natürlicher" sei, eine gedankenlose Redensart; sie ist interpoliert in

Ulp. 2955 D. 50, 17, 35: [Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolverè, quo colligatum est. ideo][2]) verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

Die Gleichheit der Form wie der Formlosigkeit ist eine rechtliche Erscheinung, die nur geschichtlich beobachtet, nicht dogmatisch erklärt werden kann, und der Versuch

---

[1]) Für Pfanderlaß sagt C. 8, 25, 2 Ant.: nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur, um die exc. si non voluntate creditoris venüt (Lenel, Edict. 475 n. 4) zu begründen. Ist das echt, so handelt es sich doch schon wegen der exzeptionsmäßigen Wirkung nicht um einen echten Konträrakt.

[2]) Falsch dissolvere statt dissolvi; colligare übertragen nur noch D. 46, 4, 8, 3 (Mommsen emendiert in obligatum); quidque sagt viel zuviel; eo statt eodem; das Ganze klingt wie eine schlechte Einleitung zu einem Schüleraufsatz. Vgl. auch Eisele, Sav.-Ztschr. 30, 148; Perozzi, Il contratto consensuale classico, Studi Schupfer 1, 181 und Biondi, Iudicia bonae fidei 23 n. 2 (beide im folgenden nur mit dem Namen zitiert). Nichts anzufangen ist mit Gai. 483, D. 50, 17, 100: Omnia (?), quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. Gai. 3, 170 bezeichnet die Formgleichheit bei Verbalkontrakten nur als consentaneum.

einer Theorie der Konträrakte ist deshalb aussichtslos. Er ist in D. 46, 3, 80, Pomp. 239 für Schuldbegründungs- und -aufhebungsakte unternommen worden, aber auch in dieser Beschränkung mißlungen:

> Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut [cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat.[1]) et] cum verbis aliquid contraximus, [vel re vel] verbis obligatio solvi debet, [verbis] veluti cum acceptum promissori fit, [re, veluti cum solvit quod promisit].[2]) aeque cum emptio [vel] venditio [vel locatio][3]) contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu (scr. consensu) contrario dissolvi potest.

Die Ausdehnung des Konträraktgedankens auf Realkontrakte ist scholastische Spielerei: die Schuldtilgung bei der Rückzahlung ist Erfüllungswirkung[4]) und beruht natürlich auf der Befriedigung des Gläubigers, nicht auf der zufälligen Formgleichheit mit dem Begründungsakt.[5]) Der

---

[1]) Moduswechsel: debet . . cum contraxerimus . . debet . . cum dedimus; ut erst adv. = z. B., dann coni. = so daß. Auch die Anfangsparömie mit dem zu viel sagenden quidque und der Schluß mit dem ungeschickten zweimaligen potest sind nicht ganz unverdächtig.

[2]) Perozzi 179, 181; Beseler 3, 24.

[3]) Perozzi a. a. O.; unordentlich statt emptio vel locatio oder emptio venditio vel locatio conductio.

[4]) Daß der Verf. nur an Erfüllung denkt, zeigt die Wiederholung beim Verbalkontrakt. Heute wäre, da Zinsversprechen keiner Form mehr bedürfen, ein Konträrakt zum Realkontrakt konstruierbar, jedoch ganz lebensfremd: Rückgängigmachung des Darlehns durch Rückgabe des Kapitals und der Vertragszinsen, aber Entschädigung wegen des entbehrten Kapitals durch die Zinsen, die der Geber von dritter Seite hätte erhalten können. — In den von Lenel, Pal. 239 vermuteten Zusammenhang de liberatione legata paßt natürlich die Erfüllung gleichfalls nicht, der contrarius consensus freilich auch kaum.

[5]) Unglücklich ist auch der Konträraktsgedanke bei remissio pignoris (S. 1 n. 1) und bei Besitzverlust (Jhering, Geist 2 § 47b n. 862a, Besitzwille 281 f.). D. 41, 2, 46, Pap. 306: [ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur]: unmotiviert der Plural vinculum obligationum; unrichtig adsolet, weil z. B. die Verbalobligation nicht durch Stipulation begründet zu werden „pflegt", sondern gar nicht anders

V.
Contrarius consensus.

Von

Herrn Professor Dr. **Heinrich Siber**
in Leipzig.

I.

Das römische Recht kennt neben den häufigen formalen Aufhebungsakten für Formalgeschäfte auch einen dem formlosen Konsensualkontrakt[1]) entsprechenden formlosen Aufhebungsakt, den contrarius consensus. Will man solche Konträrakte, weil ihre Erfindung naheliegt, als natürlich bezeichnen, so ist doch die Behauptung, daß „nichts natürlicher" sei, eine gedankenlose Redensart; sie ist interpoliert in

> Ulp. 2955 D. 50, 17, 35: [Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo][2]) verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

Die Gleichheit der Form wie der Formlosigkeit ist eine rechtliche Erscheinung, die nur geschichtlich beobachtet, nicht dogmatisch erklärt werden kann, und der Versuch

[1]) Für Pfanderlaß sagt C. 8, 25, 2 Ant.: nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur, um die exc. si non voluntate creditoris veniit (Lenel, Edict. 475 n. 4) zu begründen. Ist das echt, so handelt es sich doch schon wegen der exzeptionsmäßigen Wirkung nicht um einen echten Konträrakt.

[2]) Falsch dissolvere statt dissolvi; colligare übertragen nur noch D. 46, 4, 8, 3 (Mommsen emendiert in obligatum); quidque sagt viel zuviel; eo statt eodem; das Ganze klingt wie eine schlechte Einleitung zu einem Schüleraufsatz. Vgl. auch Eisele, Sav.-Ztschr. 30, 148; Perozzi, Il contratto consensuale classico, Studi Schupfer 1, 181 und Biondi, Iudicia bonae fidei 23 n. 2 (beide im folgenden nur mit dem Namen zitiert). Nichts anzufangen ist mit Gai. 483, D. 50, 17, 100: Omnia (?), quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. Gai. 3, 170 bezeichnet die Formgleichheit bei Verbalkontrakten nur als consentaneum.

einer Theorie der Konträrakte ist deshalb aussichtslos. Er ist in D. 46, 3, 80, Pomp. 239 für Schuldbegründungs- und -aufhebungsakte unternommen worden, aber auch in dieser Beschränkung mißlungen:

Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut [cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat.[1]) et] cum verbis aliquid contraximus, [vel re vel] verbis obligatio solvi debet, [verbis] veluti cum acceptum promissori fit, [re, veluti cum solvit quod promisit].[2]) aeque cum emptio [vel] venditio [vel locatio][3]) contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu (scr. consensu) contrario dissolvi potest.

Die Ausdehnung des Konträraktgedankens auf Realkontrakte ist scholastische Spielerei: die Schuldtilgung bei der Rückzahlung ist Erfüllungswirkung[4]) und beruht natürlich auf der Befriedigung des Gläubigers, nicht auf der zufälligen Formgleichheit mit dem Begründungsakt.[5]) Der

---

[1]) Moduswechsel: debet . . cum contraxerimus . . debet . . cum dedimus; ut erst adv. = z. B., dann coni. = so daß. Auch die Anfangsparömie mit dem zu viel sagenden quidque und der Schluß mit dem ungeschickten zweimaligen potest sind nicht ganz unverdächtig.

[2]) Perozzi 179, 181; Beseler 3, 24.

[3]) Perozzi a. a. O.; unordentlich statt emptio vel locatio oder emptio venditio vel locatio conductio.

[4]) Daß der Verf. nur an Erfüllung denkt, zeigt die Wiederholung beim Verbalkontrakt. Heute wäre, da Zinsversprechen keiner Form mehr bedürfen, ein Konträrakt zum Realkontrakt konstruierbar, jedoch ganz lebensfremd: Rückgängigmachung des Darlehns durch Rückgabe des Kapitals und der Vertragszinsen, aber Entschädigung wegen des entbehrten Kapitals durch die Zinsen, die der Geber von dritter Seite hätte erhalten können. — In den von Lenel, Pal. 239 vermuteten Zusammenhang de liberatione legata paßt natürlich die Erfüllung gleichfalls nicht, der contrarius consensus freilich auch kaum.

[5]) Unglücklich ist auch der Konträraktsgedanke bei remissio pignoris (S. 1 n. 1) und bei Besitzverlust (Jhering, Geist 2 § 47b n. 862a, Besitzwille 281f.). D. 41, 2, 46, Pap. 306: [ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur]: unmotiviert der Plural vinculum obligationum; unrichtig adsolet, weil z. B. die Verbalobligation nicht durch Stipulation begründet zu werden „pflegt", sondern gar nicht anders

abwegige Gedanke zieht aber noch weitere Kreise, denn die Erfüllung kehrt beim Verbalkontrakt, wo sie dem Begründungsakt nicht einmal formgleich ist, nochmals als Beispiel für einen Konträrakt wieder. Man braucht nicht zu fragen, ob solche Gedankenflucht einem Klassiker, sei es auch nur Pomponius[1]), zuzutrauen ist, denn schon die vorangehende Ausführung über den Realkontrakt verrät durch formale Mängel ihre Unechtheit.

Dagegen wirkt der contrarius consensus ebenso wie die formalen Konträrakte Tilgung ohne Befriedigung, und daß diese Wirkung ipso iure eintritt, hat denselben formalen Grund wie bei jenen; es beruht darauf, daß er in seiner Kosensualität dem Begründungsakt gleichgeformt ist. Es ist darum überflüssig und, da er nicht bei allen bonae fidei-Obligationen anwendbar ist, auch irreführend, wenn seine Wirkung auf den Generalnenner der bona fides, der Lieblingsdenkform Denkunlustiger, gebracht, und gedankenlos, wenn in seiner Zulassung sogar eine besonders weitgehende Rücksicht auf bona fides gefunden wird (D. 2, 14, 7, 6: adeo). Seine Grundlage ist nur die Analogie der formalen Konträrakte, deren ipso iure-Wirkung von alters her feststand. Mehr hat er aber auch mit diesen nicht gemein, denn er ist nicht Schuld-, sondern Kontraktsaufhebungsakt und nur

---

begründet werden kann. D. 50, 17, 153, Paul. 752: [Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur] nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Das Eingeklammerte (s. auch Perozzi 180) fehlt in der l. gem. D. 41, 2, 8; das (zudem indikativisch konstruierte, vgl. Beseler 2, 86; 3, 62) cum ist unpassend in die Mitte statt an den Anfang gestellt: es besagt, daß Obligationen durch Konträrakt getilgt werden, weil Erwerb und Verlust, insbesondere des Besitzes korrespondieren, während umgekehrt der Besitzverlust auf die Analogie der Schuldtilgung gestützt werden soll. Übrigens ist die ganze Analogie so außerordentlich schwach, daß sie Papinian und Paulus nicht zuzutrauen ist. Auch die daraus gezogene verkehrte Folgerung, nach der es gar keinen unfreiwilligen Besitzverlust geben könnte, wird deshalb nicht Paulus zur Last fallen.

[1]) In D. 46, 3, 107 scheidet Pomponius streng acceptilatio und solutio (itp. civilis und naturalis, Albertario, Filangieri 1912, 523).

re integra, solange noch kein Teil geleistet hat, zulässig. So u. a.

D. 18, 5, 5, 1[1]), Jul. 247: Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit.

Er macht natürlich nicht die Tatsache des Kontraktsschlusses ungeschehen, hebt aber das Kontraktsverhältnis als solches auf und deshalb erst in zweiter Linie auch die daraus entsprungenen Verpflichtungen.

Auf welche Zeit die Dogmatik des contrarius consensus zurückgeht, steht dahin.[2]) Die vereinbarte Auflösung eines noch unerfüllten Vertrages wird meist auch dann zu keinem Streit unter den Parteien mehr führen, wenn sie die Rechtsordnung nicht als wirksam anerkennt. Sie wird darum längst in Übung gewesen sein, ehe die Praxis Anlaß fand, die Frage ihrer Rechtswirksamkeit überhaupt aufzuwerfen. Auch ist nicht anzunehmen, daß ihre Anwendung auf den Kauf beschränkt geblieben sein sollte, obwohl die Ausdehnung auf die übrigen Konsensualkontrakte häufig interpoliert ist; denn es konnte auch bei diesen vorkommen, daß der Vertrag beiden Teilen schon vor der Ausführung leid wurde, und es wäre kaum zu verstehen, weshalb hier einem gutwilligen Einvernehmen über die Auflösung die Wirksamkeit hätte versagt werden sollen. Daß dafür bei Zulässigkeit einseitigen Widerrufs und einseitiger Kündigung kein Raum gewesen sei[3]), trifft nicht zu. Denn eine Kündigung läßt die Vergangenheit unberührt und ist darum auch re non integra zulässig, während der contrarius consensus alle Vertragswirkungen beseitigt.[4]) Außerdem sind auch

---

[1]) Ferner J. 3, 29, 4 (angeblich vollständig itp. nach Perozzi 177 n. 2; nach Ferrini, Sulle fonti d. Ist., Bull. 13, 186 indubbiamente preso da fonte classica) und oft (S. 97 n. 3).

[2]) Daß ihn Sabinus kannte, ist möglich, folgt aber natürlich (gegen Czyhlarz, Resolutivbedingung 31 n. 2) nicht aus seinem Vorkommen in Ulpians Sabinuswerk, D. 50, 17, 35.

[3]) So Perozzi 175ff.; Ist. § 187; dagegen auch Biondi 23 n. 2; Rabel, Grundzüge 486.

[4]) Das gilt zwar re integra beim Mandat auch vom Widerruf und vom Tode (Gai. 3, 159, 160 = J. 3, 26, 9, 10); aber beide heben das Mandat auch re non integra auf und lassen nur die a. mandati aus der bisherigen Geschäftsführung unberührt (D. 17, 1, 15; 26 pr.).



Vereinbarungen mit bloßer Kündigungswirkung[1]) selbst dann nicht ganz entbehrlich, wenn jederzeit eine fristlose renuntiatio möglich ist, denn die unzeitige Kündigung des Beauftragten und des Gesellschafters verpflichtet zum Ersatz.[2])

In der neueren Dogmatik wird der contrarius consensus durch die Anschauung verkümmert, daß Kontraktsauflösung nur ein ungenauer Ausdruck für den Erlaß der sämtlichen Kontraktsverpflichtungen sei.[3]) Sie geht auf interpolierte Digestenfragmente zurück, die seine ipso iure-Wirkung aus dem Satze „exceptio pacti bonae fidei iudicio inest" erklären wollen, aber zum Teil so unvorsichtig sind, das nicht nur für Konsensualkontrakte, sondern allgemein für bonae fidei iudicia auszusprechen.[4]) Diese Anschauung, nach der contrarius consensus nur die Summierung von pacta de non petendo über alle einzelnen Kontraktsforderungen wäre, ist schon deshalb nicht zu halten, weil danach seine Beschränkung auf Konsensualkontrakte und auf res integra gar keinen Sinn hätte: durch pactum de non petendo können natürlich auch die Forderungen aus allen anderen Kontrakten erlassen werden, und um das geltend zu machen, bedarf es in keinem iudicium bonae fidei der formularen exceptio; ebenso steht bei Konsensualkontrakten, wenn schon teilweise geleistet ist, einem Erlaß der Restforderungen durch pactum nichts im Wege, und eine formulare exceptio erübrigt sich auch hier.

II.

Der contrarius consensus ist zwar wegen seiner Formlosigkeit gleichfalls ein pactum[5]), aber von dem pactum de non petendo darin verschieden, daß er das Kontrakts-

---

[1]) D. 17, 2, 65, 3, Paul. 495: dissensu solvi societatem.

[2]) D. 17, 1, 22, 11 i. f.; 17, 2, 65, 3, 6 u. a.

[3]) So besonders Bechmann, Kauf 2, 470; Windscheid, Pand. 2 § 357 n. 5; dagegen Pernice, Sav.-Z. 9, 215 n. 3; die richtige Auffassung auch bei Czyhlarz, Resolutivbedingung 32f.; Jherings J. 13, 13; B. W. Leist, Über die Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsakte 24 n. 24.

[4]) D. 2, 14, 7, 6 und 27, 2.

[5]) Vgl. Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 148f.

verhältnis als Grundlage der actiones ex contractu ipso iure zerstört, während das pactum de non petendo die einzelne actio als solche betrifft und sie auch im bonae fidei iudicium nur exzeptionsmäßig entkräftet. Dieser Unterschied bleibt auch dann bestehen, wenn man entgegen der bisher herrschenden Meinung[1]) annimmt, daß eine formulare exceptio pacti im bonae fidei iudicium nicht nur entbehrlich, sondern überhaupt nicht im Gebrauch gewesen sei[2]), und weiter auch dann, wenn man den materiellrechtlichen Unterschied zwischen ipso iure-Tilgung und exzeptionsmäßiger Entkräftung so gering einschätzt, wie Lenel in seiner Habilitationsschrift über Ursprung und Wirkung der Exzeptionen.[3])

1. Die als solche nichtige acceptilatio einer nicht auf Stipulation beruhenden Forderung wird als pactum de non petendo, beiderseitige acceptilationes der Forderungen aus Konsensualkontrakt werden als contrarius consensus aufrechterhalten. Ersteres besagt

D. 2, 14, 27, 9, Paul. 128: Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id actum videtur, ne peteretur[4]),

letzteres

D. 18, 5, 5 pr., Jul. 247: Cum emptor venditori [vel] (scr. et) emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret[5]), etc.

Da die acceptilatio des Käufers oder des Verkäufers nicht den Willen ergibt, die beiderseitigen Forderungen zu erlassen, ist statt vel offenbar et zu schreiben.[6]) Julian

---

[1]) So Lenel, Ursprung und Wirkung der Exzeptionen 63ff., 98.

[2]) So Biondi 22ff., 34f., der gleichfalls die ipso iure-Wirkung des c. c. auf die Inhärenz der exc. pacti im b. f. iudicium zurückführt und deshalb vom c. c. handelnde Stellen zu Unrecht als Belege für seine Anschauung verwendet (S. 23f., 35).

[3]) Heidelberg (1876) 106ff.

[4]) Ebenso für Realkontraktsforderungen D. 46, 4, 19 pr., Ulp. 2370; eod. 8 pr. Ulp. 2949 (teilw. itp. Riccobono, Sav.-Z. 35, 283 n. 2; Schulz, Einführung 23; Beseler 1, 112; 2, 90).

[5]) Das übrige wohl itp., Riccobono, Sav.-Z. 35, 283 n. 2; Beseler 4, 132; a. M. Rotondi, Bull. 24, 109 n. 2.

[6]) Man möchte das für einen Schreibfehler halten, wenn nicht

sagt nicht etwa, daß die beiderseitigen acceptilationes als beiderseitige pacta de non petendo auszulegen wären, sondern daß sie ebenso wie (perinde ac) solche einen auf contrarius consensus gerichteten Willen ergeben (voluntas, ut a negotio discedatur), also daß beiderseitige Akzeptilationen ebenso wie beiderseitige pacta de n. p. als contrarius consensus auszulegen oder in einen solchen zu „konvertieren" sind. Die Stelle ist darum auch nach Digestenrecht kein Beleg dafür, daß der contrarius consensus in zwei pacta de non petendo aufzulösen wäre.

2. Durch Vereinbarung kann eine Exzeptionswirkung beseitigt, aber eine ipso iure erloschene Forderung nicht wieder erweckt werden.[1] Dieser Wirkungsunterschied besteht auch zwischen pactum de non petendo und contrarius consensus; D. 2, 14, 27, 2[2]. Paul. 128 beginnt mit dem auch aus Gai. 4, 126 und Paul. RS. 1, 1, 2 bekannten Satze, daß ein pactum de non petendo durch ein späteres pactum ut petere liceat nicht ipso iure aufgehoben, aber replikationsmäßig entkräftet wird. Die RS. sprechen ihn in der Fassung der Cons. 4, 4 nur für bonae fidei contractus aus, während dieser Zusatz in westgotischer Fassung fehlt. Die Fassung der Cons. kann jedenfalls nicht als Beschränkung der Anwendung auf b. f.

D. 46, 4, 23, Lab. 218 besagte: Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. Paulus: [immo] cum [locatio conductio,] emptio venditio [conventione] facta est et nondum res intercessit, utrimque per acceptilationem[, tametsi ab alterutra parte dumtaxat intercessit,] liberantur obligatione. Hier ist außer locatio conductio (Perozzi 176) mindestens auch conventione und tametsi — intercessit itp., denn cum bedeutet in Verbindung mit conventione (= consensu) facta est „weil", in Verbindung mit intercessit „wenn"; ferner ist Subjekt zu liberantur grammatisch locatio c., emptio v. Es ist nicht zu ermitteln, was P. wirklich gesagt hat, und kaum zu verstehen, wie die Kompilatoren zu dieser sonderbaren Auslegung gekommen sind; vielleicht nur durch ein verschwommenes Gefühl von bona fides (vgl. Bechmann, Kauf 2, 474ff.); möglicherweise besteht ein gedanklicher Zusammenhang mit D. 18, 5, 1, wo sie ein pactum in der Weise, daß ein Teil verpflichtet bleibt, für unmöglich erklären (unten S. 95).

[1]) Lenel, Exzeptionen 118ff.

[2]) Oft beanstandet: Index itp., Sav.-Z. 32, XV, wo Segrè, St. Fadda 6 (statt 4) zu lesen; Vassalli, Misc. crit. 2, 21.

contractus verstanden werden und ist vermutlich unecht[1]), woraus aber natürlich nicht die umgekehrte Beschränkung auf stricta iudicia folgt. — Nach einer Zwischenbemerkung, daß sich infolge des zweiten pactum auch der fideiussor nicht mehr auf das erste berufen könne[2]), wird für die a. iniuriarum und einige andere Deliktsklagen eine Ausnahme gemacht: sie werden nach alter Satzung durch pactum ipso iure aufgehoben[3]) und können durch

---

[1]) Seckel-Kübler, Iurispr. Anteiust. 2, 16 n. 7; Biondi 33f. Daß der ohne schwerfällige Umschreibung kaum entbehrliche Ausdruck „b. f. contractus" stets itp. sei, bezweifelt Segrè, Studi Fadda 6, 367 n.

[2]) Widersprechend, aber itp. D. 2, 14, 62 (Rotondi, di alc. rif. giust. ril. al pactum de non pet. 35; Albertario, Sav.-Z. 32, 311).

[3]) Ein gleicher Fall ergäbe sich aus der wohl ganz itp. Stelle (Biondi 53 n. 1d) D. 46, 3, 95, 4, Pap. 340, wenn damit überhaupt etwas anzufangen wäre: Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur. Ein Mündel, der (ohne tutoris auctoritas eine Verpflichtung eingegangen ist und) einen Bürgen gestellt hat, soll durch pactum oder iusiurandum ipso iure befreit werden; der Bürge soll gleichfalls befreit werden, ob ipso iure oder exceptione, ist nicht gesagt. Nach dem gleichfalls schwer itp. D. 12, 2, 42 pr. Pomp. 208 (Vassalli, Misc. 2, 23) bedarf er der exc. iurisiurandi. Hier wird gefragt, ob er diese exc. hat, wenn der vom Gläubiger aus Darlehn verklagte Mündel, der also nach Angabe des Klägers mit tut. auct. abgeschlossen haben muß, die Schuld abgeschworen hat. Darauf wird als Kasuistik Julians berichtet: 1. War streitig, ob der Mündel das Darlehn erhalten habe, [und war vereinbart, daß im Fall der Eidesleistung ab omni condicione discederetur (?)]: [naturalis obligatio hac pactione tolletur et pecunia soluta repeti poterit] (itp. Biondi 56). Hier gerät der Verf. bei dem Stichwort nat. obl. unter völliger Gedankenflucht in einen ganz andern Tatbestand: er beantwortet die Frage, ob der Bürge exzeptionsberechtigt sei, gar nicht und statt dessen die gar nicht gestellte Frage, ob der Mündel das von ihm schon zurückgezahlte Geld (durch cond. indebiti) wieder zurückfordern könne; es ist also anders als am Eingang vorausgesetzt, daß der Gläubiger nicht Kläger, sondern Beklagter ist, und daß der Mündel ohne tut. auct. abgeschlossen hat, denn sonst käme Rückforderung des zurückgezahlten Geldes gar nicht in Frage. 2. Hat der Mündel die Klagforderung nur abgeschworen, weil er die tut. auct. leugnete, so hat der Bürge keine exc. iurisiurandi. 3. War, ut plerumque fit (!), unklar, ob der Darlehnsempfang oder nur die auct. tut. Gegenstand des Streites war, so soll gleichfalls discedere ab omni condicione mit der Eidesleistung anzunehmen sein; es könne

ein späteres pactum nicht wieder erweckt werden, weil sie nicht ex pacto, sondern ex contumelia entstehen. Dann wird fortgefahren: idem dicemus et in [bonae fidei contractibus][1]) (P.: in actionibus empti venditi ?), si pactum conventum totam obligationem sustulerit [velut empti]: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut (P.: pretium ?) imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum.[2]) Also eine weitere Ausnahme bildet das pactum, das die ganze Kaufobligation aufhebt, d. i. der contrarius consensus: auch er wirkt ipso iure, so daß die Obligation durch ein neues pactum nicht wiedererweckt werden kann: doch genügt dieses, weil der Kauf Konsensualkontrakt ist, den Anforderungen eines neuen Kaufabschlusses. Ist dagegen das pactum ein solches, das den Kontrakt nicht aufhebt, sondern nur (den Kaufpreis ?) herabsetzt, d. h. ein auf die Verpflichtung einer Partei beschränktes pactum de non petendo, so bewendet es beim Ausgangspunkt der Ausführung: seine Wirkung wird replikationsmäßig durch das spätere pactum

---

also das (schon an den Gläubiger zurückgezahlte) Geld (durch cond. indebiti gegen den Gläubiger) zurückgefordert werden, und der (vom Gläubiger verklagte) Bürge sei durch exceptio geschützt; also die gleiche Vermengung widersprechender Tatbestände wie unter 1; es wird mindestens et in obscuro — posse et itp. sein. — Für die Sklavenobligation paßt D. 46, 3, 95, 4 gar nicht, denn D. 2, 14, 21, 1, Paul. 127 sagt: Quod si servus, ne a se peteretur, pactus fuerit, nihil valebit pactum: [de dolo exceptione videamus. et si in rem paciscatur etc.]. Das ist nicht nur von et si ab itp. (Rotondi, pact. de n. p. 26), sondern schon von de dolo ab (Faber, Bull. 13, 218): wenn das pactum nihil valet, kann es auch keine exc. doli begründen; ferner Haplologie (Beseler 2, 126) statt de de dolo exc.; zu „an, videamus. et" vgl. S. 77 n. 3. — Die Frage für weitere Naturalobligationen zu prüfen, verlohnt sich nicht; D. 46, 3, 95, 4 ist wohl bloße Improvisation in der Meinung, daß Phantasien über Naturalobligationen schlimmstenfalls unschädlich seien; sie steht auf gleicher Stufe mit heutigen Erörterungen über Abtretung und Schuldübernahme bei Sittlichkeitspflichten.

[1]) Unrichtig; es sind nur Konsensualkontrakte gemeint: S. 72 n. 4.

[2]) Es folgt eine vielfach itp., hier nicht interessierende Ausführung über die a. rei uxoriae, die keine b. f. actio ist (S. 84 n. 3).

beseitigt; damit wird nicht ein neuer Kontrakt geschlossen, sondern der ursprüngliche Kontraktsinhalt wiederhergestellt.

3. Die Klage gegen den fideiussor für eine Schuld aus Konsensualkontrakt (Gai. 3, 119) ist incerta actio ex stipulatu (Gai. 4, 137). Der Satz „exceptio pacti b. f. iudiciis inest“ kommt für sie gar nicht in Frage, und der fideiussor kann die ihm nach klassischem Recht unbeschränkt[1]) zustehende Berufung auf ein pactum de non petendo des Hauptschuldners nur durch formulare exceptio pacti geltend machen[2]); wenn deshalb eine solche im b. f. iudicium überhaupt nicht im Gebrauch war, so ist es doch selbst prozessualisch nicht bedeutungslos, daß die Wirkung des pactum auch bei b. f. Verpflichtungen nur exzeptionsmäßig ist. Dagegen bedarf der fideiussor keiner exceptio, wenn der Hauptschuldkontrakt durch contrarius consensus aufgehoben wird;

D. 18, 5, 3, Paul. 512: Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit, ex empto quidem agi non posse, [quia bonae fidei iudiciis exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum[3]):] et [puto] liberato reo et fideiussorem libe-

[1]) Ohne Unterscheidung von pactum in rem und in personam: Rotondi, pactum de non petendo 29ff.; Rabel, Grundzüge § 95.

[2]) Vgl. Lenel, Exzeptionen 148 n. 1; zu D. 16, 2, 4 P. Kretschmar, Entwicklung der Kompensation 14ff.

[3]) Redewechsel: posse, insunt. Aufmerksamkeit verdient auch die in vorjustinianischen Quellen vereinzelte und dann eine längere Erörterung einleitende (Gai. 2, 120f., Coll. 7, 3, 1) Wendung „an, videndum. et puto“ und ähnlich, die in den Digesten sehr häufig ist (Vocab. 1, 433f.) und anscheinend gern verwendet wird, um dem Fragsteller das Wort abzuschneiden und ohne Begründung den Tenor der Antwort anzuschließen; z. B. D. 2, 14, 21, 1 (oben S. 76 n.); 12, 1, 18 pr. (Siber, Leipz. Festschr. für Sohm 17 n.); 4, 4, 9 pr. (Rotondi, Postille eseg. 20 n. 2); 12, 3, 4, 3 (Faber, Bull. 13, 225; Solazzi, Arch. giur. 65, 147; Peters, Oström. Digestenkommentare 95; Beseler 2, 10); 26, 10, 3, 4 (H. Krüger, Arch. f. lat. Lexikographie 10, 249.

rari. [item] (P.: sed) venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri [oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit].[1])

Infolge des contrarius consensus kann ipso iure nicht mehr ex empto geklagt werden, und mit der Befreiung des Hauptschuldners wird auch der Bürge befreit (so auch D. 46, 3, 95, 12, Pap. 340), nämlich ebenso wie dieser ipso iure. Daß der Bürge bei ipso iure-Tilgung der Hauptschuld keiner exceptio bedarf, versteht sich von selbst[2]); die in quia — videndum aufgeworfene Frage, ob er eine exceptio habe, ist darum ohnehin auffällig. verrät sich aber auch dadurch als interpoliert, daß sie im folgenden gar nicht beantwortet wird: die früher gestellte Frage, an resolvatur obligatio, scheint durch die zweite, an utilis sit exceptio, präzisiert werden zu sollen; die Antwort et fideiussorem liberari ist aber wieder ebenso unpräzis wie die erste Frage.

Wenn der Verkäufer den Kaufpreis stipuliert hat[3]) und aus der Stipulation klagt, ist er dagegen durch exceptio zurückzuweisen, obwohl der Kauf nachträglich durch contrarius consensus aufgehoben ist. Denn die Stipulation ist zwar nicht „kausal", d. h. nicht vom fortdauernden Bestehen des Urvertrages abhängig, aber doch „tituliert", d. h. durch Bestehen der Urschuld zur Zeit der Stipulation bedingt[4]): die Stipulation „quod ex empto mihi debes" oder „C. quae ex empto mihi debes, d. sp." ist gegenstandslos, wenn schon bei ihrem Abschluß keine Schuld ex empto bestand; aber sie wird es nicht

---

[1]) Abermaliger Redewechsel: liberari, summoveri oportet, esse; auch nur pedantische und triviale Vervollständigung.

[2]) D. 46, 1, 60, Scaev. 236: „cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut ipso iure aut exceptione liberandum" bezieht sich auf die bald ipso iure, bald exceptione wirkende prozessuale Konsumtion (P. Krüger, Proz. Konsumtion 94), ist wohl auch nicht unverändert (ipso iure liberandum statt liberari).

[3]) Ist die Stipulation novatorisch gedacht, so ergibt die weitere Zulässigkeit des contr. cons., daß res integra nur durch Leistung und nicht auch durch Novation ausgeschlossen wurde.

[4]) Vgl. Planck-Siber § 305 II 1aγ S. 314ff.

hinterher, wenn der Kaufvertrag wegfällt; der Stipulationsklage des Verkäufers gegenüber muß daher auch der contrarius consensus exzeptionsmäßig geltend gemacht werden, nämlich durch exc. doli oder allenfalls, wenn man in der Auflösung des Kaufs zugleich ein pactum de non petendo über die Stipulationsschuld finden darf, durch exc. pacti.

4. War ein pactum de non petendo erpreßt, so war die exc. pacti durch replicatio metus zurückzuschlagen, und im b. f. iudicium bedurfte es dazu wohl, da auch die exc. metus inhärent war[1]), formular weder einer exceptio noch einer replicatio. War ein contrarius consensus erpreßt, so war der Konsensualkontrakt aufgehoben und eine Klage daraus ipso iure ebenso unmöglich geworden[2]) wie bei erpreßter acceptilatio eine solche aus der Stipulation. Es war deshalb nicht durch replicatio zu helfen, sondern nur durch actio restituta mit der Fiktion, daß keine Schuldtilgung durch contrarius consensus oder acceptilatio stattgefunden hätte.[3])

D. 4, 2, 9, 4, Ulp. 373: Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione[4]);

eod. 21, 4, Paul. 201: Si metu coactus sim ab emptione [locatione] discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi [, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur[5])]: et magis est ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur.

---

[1]) Biondi 37f. Doch bleibt die Möglichkeit im Auge zu behalten, daß infolge einer nicht inhärenten replicatio auch im b. f. iudicium eine an sich inhärente exc. inseriert werden mußte.

[2]) Czyhlarz, Jherings J. 13, 13; Eisele, Sav.-Z. 18, 3.

[3]) Keller, Zivilprozeß § 31 n. 345.

[4]) Eisele, Sav.-Z. 13, 133 setzt für alia liberatione „nexi liberatione“, weil auch diese ziviler Befreiungsgrund war; aber der contr. cons. war auch ein solcher. Immerhin können die Worte vel alia liberatione itp. sein; Beseler 1, 73 liest ansprechend „vel mancipatione“.

[5]) Gewiß korrumpiert (Eisele, Sav.-Z. 18, 1ff.) oder ganz itp. (Beseler 1, 76; 3, 71).



Die zweite Stelle wird auch im Schlußsatze nicht intakt sein. Es ist aber ganz unwahrscheinlich, daß die Kompilatoren eine prätorische actio (ficticia) für notwendig erklärt haben sollten, wenn Paulus die ursprüngliche Kontraktsklage für ausreichend gehalten hätte[1]); denn gerade die Kompilatoren sind es ja, die den contrarius consensus unnötigerweise auf die bona fides zurückführen und in der Inhärenz der exc. pacti aufgehen lassen (D. 2, 14, 7, 6; 58).

III.

1. Der Satz „exceptio pacti inest bonae fidei iudicio" (D. 18, 5, 3; 2, 14, 7, 6) ist rein prozessualisch und besagt nur, daß es hier keiner formularen exceptio bedarf; er gilt auch für iudicia b. f., die nicht auf Kontrakt beruhen, z. B. für die a. tutelae, bezieht sich nicht auf alle pacta, sondern nur auf das pactum de non petendo, und ist bloße Einzelanwendung eines weiterreichenden, z. B. auch die exc. doli umfassenden Grundsatzes (D. 24, 3, 21; 30, 84, 5; Vat. 94).

Der Satz „pacta contineri contractui", emptioni (D. 18, 1, 72 pr.), stipulationi (D. 12, 1, 40) ist rein materiellrechtlich; er betrifft nicht iudicia, sondern contractus, und zwar auch die Stipulation, also nicht nur solche bonae fidei; er besagt, daß pacta adiecta als Bestandteile des Kontrakts gelten und bezieht sich überhaupt nicht auf das pactum de non petendo, das ebensogut bei Nichtkontraktsschulden vorkommt und das bei Kontraktsschulden ebenso wirkt, wenn es unmittelbar nach dem Kontrakt, wie wenn es später geschlossen ist, während für die Wirksamkeit der pacta adiecta zwischen Abschluß in continenti und ex intervallo unterschieden wird.

Die beiden Sätze durchkreuzen sich nicht nur in ihren

---

[1]) Gegen Beseler 1, 76. Eisele, Sav.-Z. 18, 2 versteht unter der praetoria actio die a. metus; die hätte Paulus vermutlich mit Namen genannt; auch läge dann der Fall nicht dem der acceptilatio gleich (eod. 9, 4: rescissa acceptilatione). Mitteis, Röm. Privatr. 1, 245 meint, daß Paulus geschwankt habe, ob der erzwungene c. c. als nichtig zu behandeln sei; doch klingt „et magis est, ut similis species acceptilationis sit" („daß ein der acceptilatio ähnlicher Fall sei") nicht gerade klassisch.

Anwendungsgebieten, sondern sie haben auch nicht das mindeste miteinander zu tun. Trotzdem haben die Kompilatoren anscheinend beide miteinander verschmelzen wollen und dafür die hybride Form aufgebracht „pactum inest bonae fidei iudicio". Diese findet sich in dem schwer interpolierten[1]) fr. D. 2, 14, 7, 5, das den Byzantinern für ihren Versuch einer allgemeinen Theorie der pacta als Grundlage gedient hat[2]), ein Versuch, der trotz aller Mühe nicht über eine scholastische Schematisierung[3]) hinauskommt und zudem in Widersprüchen stecken bleibt. Dabei ist nicht nur das pactum de non petendo (D. 2, 14, 7, 5 i. f.), unter die pacta adiecta geraten, sondern auch der contrarius consensus (§ 6 eod.), dessen Zugehörigkeit zum ursprünglichen Kontraktsinhalt offenbar ein ganz abwegiger Gedanke ist: ein Kontrakt, dessen Auflösung schon in seinem Abschluß enthalten ist, wäre ein Nichts.

2. Der materiellrechtliche Satz von der Bestandteilseigenschaft der pacta adiecta bezieht sich nach D. 18, 1, 72 pr., Pap. 173, nur auf Nebenpunkte, adminicula[4]) des Kontrakts; das sind einmal die Modalitäten der Leistung, wie Ort und Zeit, aber auch der Grad des zu vertretenden Verschuldens und, wie die in der Stelle herangezogenen Beispiele zeigen, auch Nebenansprüche. So kann sich beim Kauf aus einem pactum pro actore ein Anspruch des Käufers auf Bürgschaft für die stipulatio duplae ergeben, der nach ergänzendem Recht nicht begründet wäre, und es kann durch pactum pro reo der nach ergänzendem Recht begründete Anspruch des Käufers auf stipulatio duplae völlig wegbedungen werden. Der Satz ist daher zunächst nur eine Auslegungsregel, nach der zur Ermittlung des Kontraktsinhalts in Nebenpunkten auch pacta adiecta heranzuziehen sind; er ist ohne jeden prozessualen Inhalt, wenn sich auch für den Prozeß mittelbar daraus ergibt, daß sich die actio ex contractu auch auf solche Nebenansprüche erstrecken muß und daß sie weg-

---

[1]) Index itp., Sav.-Z. 32 XIII; Biondi 28.

[2]) Rotondi, Bull. 24, 106 ff.

[3]) Rotondi l. c. 60, 68 ff.

[4]) Der Ausdruck ist nicht verdächtig: Rotondi, Bull. 24, 108 n. 1.

bedungene Nebenansprüche, die infolge eines pactum pro reo gar nicht entstanden sind, ipso iure nicht umfassen kann.

a) In dieser Form könnte der Satz für pacta in continenti facta bei allen Kontrakten Rechtens gewesen sein, die nicht so bestimmt gefaßt sind, daß für eine Auslegung kein Raum bleibt. Belegt ist er bei der Stipulation[1]) für pacta pro reo. Nach D. 2, 14, 4, 3, Paul. 122 kann bei purer Stipulation aus der conventio, ut donec usurae solverentur, sors non peteretur, durch Auslegung (ex facto consultus) entnommen werden, daß die Fälligkeit ipso iure aufgeschoben ist (condicionem inesse stipulationi), während eine nachträgliche Abrede gleichen Inhalts pactum de non petendo ist und nur exzeptionsmäßig wirkt (Gai. 4, 122). Ferner wird in der l. Lecta, D. 12, 1, 40, Paul. 1295 bei einer auf Kapitalzahlung an den nächsten Kalenden und auf Verzinsung vom gleichen Tage ab gerichteten Stipulation aus der in continenti angeschlossenen Abrede monatlicher Ratenzahlung gefolgert, daß nicht die ganze Summe von den nächsten Kalenden, sondern nur die einzelnen rückständigen Raten je von den Fälligkeitstagen ab zu verzinsen sind.[2])

b) Bei bonae fidei-Kontrakten können auch pacta ex intervallo zur Auslegung dienen, aber hier geht freilich der Satz von der Bestandteilseigenschaft über

---

[1]) Biondi 25f., der aber 29 von pacta pro actore spricht; nach Perozzi, Ist. 2, 300 n. 3 nur bei Stipulationen mit clausula doli.

[2]) Diese Auslegung des Paulus fand im Auditorium Papinians Widerspruch. Daß die Erstreckung der Bestandteilseigenschaft des pactum auf Stipulationen eine Neuerung des Paulus gewesen sei, folgt daraus nicht. Allerdings wären die Dissentienten nach den Worten [pactumque — prodesse] und [etsi, ut ille etc.] außerdem der Meinung gewesen, daß auch ein pactum in continenti nur exzeptionsmäßig wirke, also pactum de non petendo sei. Daran ist aber einmal verdächtig, daß die mehreren Dissentienten (quidam dicebant) hinterher plötzlich auf einen zusammenschrumpfen (ut ille putabat; s. auch Scialoia, dig. Mil. ad h. l.). Weiter wird die aufgeworfene Frage auch gar nicht entschieden, sondern durch die Bemerkung abgeschnitten, daß sie für die Zinsenverpflichtung belanglos sei, denn Zinsen könnten selbst bei nur exzeptionsmäßigem Aufschub der Fälligkeit des Kapitals ipso iure nicht auflaufen. Letzteres ist anfechtbar, aber für Verzugszinsen noch heute herrschende Meinung (dagegen Planck-Siber § 284, 3a.

den Rahmen einer bloßen Auslegungsvorschrift hinaus. So kann die nachträgliche Festsetzung von Nebenpunkten bloße Erläuterung sein, die den ursprünglichen Sinn des Kontrakts klarstellt, aber sie kann natürlich auch eine Änderung des ursprünglichen Vertragsinhalts bedeuten, und dann ist der Satz, daß sie als schon im Kontrakt enthalten gelten soll, bloße Fiktion. Hat z. B. der Schuldner schon kulpos gehandelt, bevor ein seine Culpahaftung wegbedingendes pactum geschlossen ist, so stellt dieses im ersteren Falle nur klar, daß er nicht ersatzpflichtig geworden ist; im letzteren ist es in Wahrheit ein Erlaß der schon entstandenen Ersatzpflicht, und es ist bloße Fiktion, daß diese gar nicht entstanden sei.

Die Flüssigkeit der Grenze zwischen Auslegungsregel und Fiktion könnte für den Verschmelzungsversuch der Kompilatoren mitbestimmend gewirkt haben; doch ist dabei noch eine weitere Neuerung im Spiel: Der klassische Satz „ex nudo pacto actio non nascitur" (Paul. RS. 2, 14, 1) bedeutet nur, daß ein pactum keine neue actio begründet, schließt aber nicht aus, daß mit einer ohnehin begründeten a. ex contractu auch der Inhalt eines pactum pro actore adiectum geltend gemacht wird. Anders in der interpolierten Fassung „nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem" (D. 2, 14, 7, 4; vgl. C. 2, 3, 13), in der der Satz außerdem die positive Ergänzung erfährt, daß aus dem pactum eine exceptio entspringe.[1]) Die Kompilatoren haben sich augenscheinlich bemüht, das im einzelnen nach beiden Seiten hin auszubauen.

Die Grundlage bildet das schwer interpolierte[2]) fr. D. 2, 14, 7, 5, Ulp. 242, in dem die Bestandteilseigenschaft der pacta adiecta mit der Inhärenz der exceptio pacti im b. f. iudicium zu dem hybriden Satze amalgamiert wird „pactum inest iudicio". Dies erhält auch die Wendung „pactum format actionem", wird aber für pacta pro actore nur festgehalten, wenn sie in continenti geschlossen sind, und

[1]) Perozzi 185; Ist. 2, 295; Rabel, Grundzüge § 61 n. 4.

[2]) Index itp., Sav.-Z. 32, XIII; Biondi 28f.

für **pacta pro reo** dahin abgeschwächt, daß sie stets **nur eine exceptio begründen**, [quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones].

a) **Nachträgliche pacta pro actore** werden als „extra naturam contractus" **für unwirksam erklärt.** Dabei geht jedoch infolge der Ausdehnung des Satzes auf alle iudicia b. f. der nur bei Kontrakten brauchbare Unterscheidungsmaßstab in continenti und ex intervallo verloren. Denn es werden zum Belege zwei klassische Entscheidungen angeführt, die zwar richtig, aber als Beispiele offenbar ganz ungeeignet sind: bei der a. tutelae ist eine vertragliche Erhöhung der Zinsen[1]), und bei der a. rei uxoriae ist nach Marcellus eine post divortium vereinbarte Vordatierung der Fälligkeit[2]) unwirksam. Beides ist natürlich für den klassischen Satz „pacta contractui inesse" ohne alle Bedeutung, weil diese Klagen nicht auf Kontrakt beruhen und weil die a. rei uxoriae auch nicht bonae fidei war[3]); es ist aber auch für die Unwirksamkeit nachträglicher pacta pro actore kein Beleg, denn post divortium ist nicht ex intervallo (nach Kontraktsschluß)[4]), und was bei der Tutel in continenti heißen soll, wird vorsichtshalber gar nicht gefragt. Der Versuch, diese Unterscheidung bei Nichtkontraktsklagen durchzuführen, wird nur noch einmal beiläufig in dem ursprünglich von der a. rei uxoriae handelnden fr.

[1]) Die angebliche Äußerung Papinians, daß nachträgliche pacta „extra naturam contractus" nicht mit der a. empti geltend gemacht werden können, meint den Gegensatz zu adminicula emptionis und kann sich darum nicht auf Zinsen bezogen haben.

[2]) In D. 2, 14, 27, 2 ist gültige, also ante divortium vereinbarte Vordatierung vorausgesetzt.

[3]) **Biondi** 178ff., der in der unsicheren Lesung von Gai. 4, 62 die übliche Konjektur „rei uxoriae" durch „commodati" ersetzen will (S. 265); s. auch schon **Lenel**, Edict. § 113; **Betti**, S. oppos. d. exceptio all' actio 20 n. 2.

[4]) Wären die cautiones rei uxoriae Stipulationen, so wäre die Zulassung von pacta pro uxore zwischen Stipulation und Scheidung im Widerspruch mit der Unzulässigkeit von pacta ex intervallo. Waren sie pacta praetoria (**Mitteis**, Röm. Privatrecht 1, 53 n. 31), so war die Vordatierung kein pactum (pacto) adiectum, sondern einfach ein neues pactum praetorium.

D. 50, 17, 27, Pomp. 635 gemacht, wo zum Ersatz für „in continenti“ gesagt ist [cum inchoatur actio].[1])

Hiernach ist zu fragen, ob die Byzantiner etwa die Unwirksamkeit nachträglicher pacta pro actore bei bonae fidei-Kontrakten überhaupt erst aufgebracht[2]) oder ob sie diese aus klassischem Recht übernommen und nur den unmöglichen Versuch gemacht haben, ihr auch für nicht kontraktliche iudicia bonae fidei eine Seite abzugewinnen. Ersteres mag die entwicklungsgeschichtliche Wahrscheinlichkeit gegen sich haben, scheint aber trotzdem zuzutreffen, nicht weil die Späteren hier rechtspolitisch eine rückläufige Tendenz verfolgt hätten, sondern einfach weil sie die Tragweite des Satzes „ex pacto actionem non nasci“ unrichtig auffaßten: sie verstanden diesen, indem sie actio durch obligatio ersetzten, dahin, daß pacta pro actore auch mit der a. ex contractu nicht geltend gemacht werden könnten, und schränkten ihn, weil das für pacta in continenti augenscheinlich nicht zutraf, auf solche ex intervallo ein.

Die Stellen, in denen die Unwirksamkeit nachträglicher pacta pro actore ausgesprochen wird, sind denn auch ohnehin nicht frei von Interpolationsverdacht. So die freilich sehr späte:

C. 2, 3, 13, Maximin[3]): [In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit].

Ferner die rätselhafte

C. 4, 54, 5, Gord.: Initio venditionis[4]) si pactus es, ut

---

[1]) Itp. Lenel, Pomp. 635.

[2]) So Biondi 28ff.; anders noch Rotondi, Bull. 24, 108; Rabel, Grundzüge § 71.

[3]) Biondi 33. Unmotiviert ist der Konjunktiv fiat; actio „ex pacto competit“ ist schief; richtig wäre: ex contractu competit, ex pacto augetur oder dergleichen. Über b. f. contractus s. S. 75 n. 1.

[4]) „Initio“ venditionis oder contractus ist kurze, aber inkorrekte Wiedergabe von „in continenti“; das pactum wird nicht beim Beginn des Kaufs, sondern im unmittelbaren Anschluß an den fertigen Kauf geschlossen (vgl. D. 18, 1, 6, 2). Nach dem Tatbestand könnte man an ein pactum

is cui vendidisti possessionem pretii tardius exsoluti tibi usuras pensitaret, non immerito existimas etiam eas tibi adito praeside ab emptore praestari debere. nam si initio contractus[1]) non es pactus, si coeperis experiri, ex mora dumtaxat usuras tam ab ipso debitore quam ab eo, qui in omnem causam empti suam fidem adstrinxit, de iure postulabis.

Endlich das schon erwähnte Papinianfragment

D. 18, 1, 72 pr.[2]): Pacta conventa[, quae postea facta detrahunt aliquid] emptioni contineri [contractui] videntur[: quae vero adiciunt, credimus non inesse]. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. [sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore].

Die Einführung der Beispiele für pacta pro reo und pro actore durch „quod locum habet" deutet darauf hin, daß für beide gleichmäßig zu entscheiden ist, während sie nach dem Vorhergehenden entgegengesetzt entschieden werden sollen. Auch klingt credimus (statt placuit oder dergleichen) nach pluralis maiestatis und auffallend unsicher. Der letzte Satz[3]) will auch die positive Seite der neuen Fassung, daß das pactum eine exceptio begründe, zur Geltung bringen, was ziemlich verkünstelt ist: der Käufer könnte danach die Bürgenstellung zwar nicht mit der actio empti, aber

---

pro reo denken, nach dem anstatt der Kaufzinsen nur Verzugszinsen geschuldet sein sollten. Das Reskript nimmt aber ein pactum pro actore an, denn es setzt voraus, daß ohnehin keine Kaufzinsen geschuldet sind; es müßte also entweder unterstellt werden, daß die Kaufsache noch nicht geleistet und Vorleistung des Preises vereinbart war, oder daß es sich um ein Provinzialrecht handelt, nach dem es keine Kaufzinsen gab (griechisches Recht, Beauchet 4, 127f. ?). Wahrscheinlicher ist aber wohl, daß von einer Klage aus Stipulation des Kaufpreises die Rede war, und daß der zweite Satz von si coeperis an itp. ist.

[1]) S. S. 85 n. 4.

[2]) Biondi 31f., dem sachlich zuzustimmen ist, wenn auch der obige Emendationsversuch abweicht.

[3]) Auch ist idem einfach gleich id gemeint und unmittelbar nach pactum ganz überflüssig.

doch mit der exc. von adimpleti contractus gegenüber der a. venditi durchsetzen.

Sichere Belege dafür, daß nachträgliche pacta pro actore nach klassischem Recht wirksam waren, sind wohl freilich nicht zu finden[1]), und darum mag schließlich nicht ganz über ein non liquet hinauszukommen sein. Die Stellen, in denen eine Verschärfung des Haftungsgrades durch pactum gestattet wird, können auf sofortige Abrede bezogen werden, so D. 13, 6, 5, 6 i. f.[2]); 17, 1, 39.[3]) Beim depositum werden allerdings Verschärfungen und Milderungen in einem Atem für zulässig erklärt (D. 2, 14, 7, 15; 16, 3, 1, 6 und 7), woraus man schließen könnte, daß die Gültigkeitsvoraussetzungen für beide die gleichen, daß also auch nachträgliche pacta pro actore ebenso wirksam gewesen sein müßten, wie solche pro reo; aber die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen beim depositum ist heute dem klassischen Recht überhaupt abgesprochen worden.[4]) Endlich ist eine interpolationsverdächtige[5]) Zusammenstellung in D. 50, 17, 23 so unvorsichtig abgefaßt, daß danach gerade umgekehrt auch eine Haftungsmilderung nur in continenti vereinbart werden könnte:

> [sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit . . . utimur].

β) Bei nachträglichen pacta pro reo kann die Flüssigkeit der Grenze zwischen Auslegungsregel und Fiktion zur Folge haben, daß pactum pro reo adiectum und pactum de non petendo ineinander verschwimmen — der einzige Punkt, in dem sich der materielle Satz von der Bestandteilseigenschaft der pacta adiecta mit dem prozessualen von

---

[1]) Der von Biondi 29f. als Zeugnis angeführte Satz [quod cum est – ratione] in D. 2, 14, 7, 6 ist höchst verdächtig (unten S. 90).

[2]) Verdächtigt von Beseler 4, 297 gegen Levy, Konkurrenz der Aktionen 1, 409; vgl. Schulz, Sav.-Z. 32, 49 n.

[3]) Nur hinsichtlich des depositum itp.: Albertario, Bull. 25, 26.

[4]) Albertario, Bull. 25, 15ff., insbesondere 20f., 34f.; 16, 41.

[5]) Unstreitig (u. a. Mitteis, Röm. Privatrecht 1, 324 n. 34; Kübler. Utilitätsprinzip 37); in dem obigen, meist nicht beanstandeten Satze vgl. nisi si und nominatim convenit.



der Inhärenz der exceptio pacti wirklich berührt: Die Zahlungszeit ist auch in Ansehung der Hauptansprüche ein Nebenpunkt, ihre Vor- oder Zurückverlegung also möglicher Gegenstand eines pactum adiectum. Gestattet die nachträgliche Festlegung der Zahlungszeit den Schluß, daß von vornherein keine sofortige Zahlung gewollt war, so ist sie bloße Erläuterung und echtes pactum pro reo adiectum. War aber ursprünglich sofortige Zahlung beabsichtigt, so ist sie nachträgliche Stundung, pactum de non petendo in tempus, und sie wird nur vermöge der Fiktion, daß sie contractui inest, als pactum adiectum behandelt. Diese Beobachtung konnte zu dem Gedanken verleiten, daß das pactum de non petendo überhaupt nur eine Unterart der pacta pro reo adiecta sei und daß auch die ipso iure-Wirkung der letzteren, die schon die Entstehung wegbedungener Ansprüche hindert, nur auf Inhärenz der exc. pacti im b. f. iudicium beruhe. Daraus erklärt sich, daß in D. 2, 14, 7, 5 das pactum de non petendo unter die pacta adiecta eingereiht wurde. Daß man ihm aber nicht gleichzeitig ipso iure-Wirkung zuerkannte, sondern umgekehrt auch den echten pacta pro reo adiecta nur noch Exzeptionswirkung beilegte, ist eine Auswirkung des neugefaßten Satzes, daß ein (nachträgliches) pactum „non parit obligationem, sed parit exceptionem“. Eine sehr unzweckmäßige Anwendung der Neuerung zeigt das in der Kompilation von der a. depositi gegen zwei Depositare handelnde, ohnehin schwer verdächtige[1])

> fr. D. 45, 2, 9, 1, Pap. 335: non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest.

[1]) Perozzi, Ist. 2, 106 n. 1; Albertario, Bull. 25, 23f.; Rotondi, pactum de n. p. 61f. Daß die Stelle ursprünglich von Stipulation gehandelt hat, bei der pacta ex intervallo unwirksam waren, ist hier belanglos, weil sie nur als Beleg für den justinianischen Rechtszustand herangezogen wird.



quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

Die Wegbedingung der Culpahaftung war echtes pactum pro reo adiectum und müßte zur Folge haben, daß bei gemeinsamer culpa beider Schuldner überhaupt nur der verpflichtet wird, dem die Haftung nicht erlassen ist. Wenn sie aber als nachträglich geschlossene, wie hier gesagt ist, statum et naturam obligationis mutare non potest, so muß danach auch der Schuldner, dem die Haftung erlassen ist, ipso iure verpflichtet werden und nur die Ersatzpflicht durch exceptio ablehnen können. Die remissio culpae, die das Ersatzpflichtigwerden hindern müßte, wird also wie ein pactum de non petendo über eine schon entstandene Ersatzpflicht behandelt, und die exceptio pacti wird auch dem regreßberechtigten Mitschuldner zugestanden, der damit auch von der Ersatzpflicht aus eigener culpa entlastet wird.

In der Regel war die Neuerung zwar praktisch kaum empfindlich, da ja die Unterschiede zwischen ipso iure und ope exceptionis im b. f. iudicium ohnehin geringfügig sind. Die Kompilatoren sind aber dadurch unsicher geworden und haben infolgedessen auch die Beschränkung der pacta pro reo adiecta auf adminicula emptionis nicht mehr festgehalten. Diese wird in der ersten Hälfte der Papinianstelle D. 18, 1, 72 pr. noch mit aller Bestimmtheit ausgesprochen, aber in offenem Widerspruch damit plötzlich in der Fortsetzung als zweifelhaft hingestellt:

> [an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio].[1])

Die aufgeworfene Frage wird auch gar nicht beantwortet, sondern abgeschnitten; denn es wird eine Note des Paulus angestückt, der hier Auflösung des Kaufs durch contrarius

---

[1]) constitit statt consistit vielleicht Schreibfehler; aber daß der Preis zu den wesentlichen Vertragspunkten gehört, konnte Papinian schwerlich so ausdrücken. daß die Substanz des Kaufs „aus dem Kaufpreis bestehe“.



consensus und Neuabschluß unter veränderten Bedingungen angenommen haben soll.

3. Die in dieser Stelle erst beginnende Unsicherheit artet nun in D. 2, 14, 7, 6, Ulp. 242 zu einem wilden Chaos aus, in dem pactum adiectum, pactum de non petendo und contrarius consensus wirr durcheinanderschwirren:

[Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu (?), insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis] re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari (U.: dissolvi?) potest? et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit. [quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. quod non insuptiliter dici potest.][1]) unde illud aeque non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emptione[, quasi repetita partis emptione. ,sed] cum duo heredes emptori extiterunt, (et) venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Iulianus valere pactionem et dissolvi pro parte emptionem: [quoniam et ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus adquirere sibi potuit exceptionem. utrumque itaque recte placet, et quod Iulianus et quod Pomponius].

Daß in dieser Stelle nahezu jeder Satz verdächtig ist, bezweifelt wohl niemand mehr.[2]) Insbesondere erweist sich auch der meist nicht mit genügendem Nachdruck beanstandete Anfang, der den contrarius consensus auf die Inhärenz der exc. pacti im b. f. iudicium zurückführt, deutlich als unecht: er enthält die Unmöglichkeit „in emptione posse abiri ab emptione", spricht von b. f. iudicia, wo er nur Konsensualkontrakte meint[3]), beruht auf der Vor-

---

[1]) Itp. Beseler 2, 86; a. M. Biondi 30 n. 1.

[2]) Index itp., Sav.-Z. 32 XIV; Longo, Studi Moriani 1, 196; Perozzi 177; Rotondi, Bull. 24, 106: sospetto da cima a fondo; Beseler 2, 85; Biondi 28.

[3]) Oben S. 72 n. 4.

stellung, daß Abschluß und Auflösung als Bestandteile desselben Kontrakts zu gelten hätten und verschleiert diesen Ungedanken nur dadurch, daß er statt „pactiones“ ganz unpassend „exceptiones postea factae“ sagt. Die Stelle hat anscheinend ex professo von der Teilauflösung des Kaufes durch contrarius consensus gehandelt. Aber sobald die Frage aufgeworfen und dabei schon die Aufhebung in eine Änderung (abiri, mutari) umgedreht ist, wird eine auf pacta pro actore und wohl auch auf Erhöhung des Kaufpreises bezügliche Auslassung eingeschachtelt [quod cum — potest], die der Verfasser in seiner, wie er versichert, „nicht unsubtilen“ Ausführung als „quodammodo quasi“ Renovation des Kontrakts betrachtet, übrigens nicht wie in D. 2, 14, 27, 2[1]) in dem sprachrichtigen Sinn einer Wiederherstellung ursprünglichen Kontraktsinhalts. Er denkt wohl an Herauf- und Herabsetzung des Preises, die er anscheinend als Teilauflösung des Vertrags ansieht (si in totum, cur non et pars mutari potest?); er würfelt aber mit der Teilauflösung die völlige Auflösung mit Neuabschluß (recedi quasi repetita partis emptione) und die dem pactum de non petendo entnommene exceptio (Anfang und vorletzter Satz) bunt durcheinander. Diese Vorstellungen haben jede für sich allein ihre Berechtigung, gehören aber drei verschiedenen Gedankenkreisen an, sind unter sich gar nicht vereinbar und können unmöglich, wie hier geschieht, auf alle berührten Fälle nebeneinander angewandt werden.

a) Von der Teilauflösung handelt wohl nur diese Stelle. Danach hat Julian dem zwischen einem der mehreren Erben des Käufers und dem Verkäufer vereinbarten contrarius consensus die Wirkung der Teilauflösung des Kaufes beigelegt, die natürlich pro parte hereditaria sowohl die a. empti wie die a. venditi vernichten mußte. Von Pomponius erfahren wir durch das zweite Zitat nur, daß er eine Teilauflösung im allgemeinen für zulässig gehalten hat; daß diese beide Seiten des Vertrags ergreifen, also nicht die a. empti oder die a. venditi unberührt lassen konnte, versteht sich von selbst. Ob auch das erste Zitat

[1]) Oben S. 74.

aus Pomponius hiervon oder von der Änderung nur einer Seite des Vertrages gehandelt hat, läßt sich nicht erkennen.

b) Vollauflösung und Neuabschluß ist bezeugt in

D. 18, 5, 2, Pomp. 712: Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris [minorisve] emero, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri emptio) atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla processerit. sed nondum poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita[1] . . .

D. 18, 1, 72 pr., Paul. ad Pap. 173: si [omnibus integris manentibus][2] de augendo [vel deminuendo] pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.

Heraufsetzung des Preises ist in der Tat ohne Aufhebung des ersten Kaufs nicht möglich, weil das römische Recht eine allgemein zulässige vertragliche Inhaltsänderung (wie § 305 BGB.) nicht kennt. Der gleiche Weg ist natürlich auch bei Herabsetzung denkbar, aber unwahrscheinlich, u. a. weil mit der Aufhebung des ersten Kaufs auch Bürgen und Pfänder frei geworden wären. Es ist wohl anzunehmen, daß sich die Römer hier mit einem Teilerlaß des Preises durch pactum de non petendo begnügt haben, der ja praktisch, zumal bei b. f.-Kontrakten, denselben Dienst leistete und anscheinend auch in D. 2, 14, 27, 2 (S. 76) bezeugt ist.

C. 4, 44, 9, Diocl.: Pretii causa non pecunia numerata, sed pro eo pecoribus in solutum consentienti datis contractus non constituitur irritus.

Der Fragsteller dachte sich den Fall als Auflösung des Kaufes mit Neuabschluß eines Tausches; das war konstruktiv denkbar, weil der Käufer bereits Vieh statt des Kaufpreises geleistet hatte, weil also den Realkontraktsanforderungen des Tausches genügt war; es wird aber

---

[1]) Der belanglose Schluß wohl itp. Beseler 2, 86.

[2]) Wohl hier der Vollständigkeit wegen eingeschoben; bei Änderung des Preises soll nicht res integra „bleiben“, sondern es ist vorausgesetzt, daß vor der Änderung res integra „war“.

als ganz unwahrscheinlich abgelehnt, und die Vereinbarung wird einfach als datio in solutum für den Kaufpreis aufgefaßt.

Hinzufügung oder Streichung einer Bedingung bedarf bei Stipulationen der Novation (Gai. 3, 177) und kann auch bei Konsensualkontrakten, da sie nicht nur Modalitäten, sondern das Bestehen des Vertragsverhältnisses betrifft, nicht durch pactum adiectum, sondern nur durch contrarius consensus und Neuabschluß erfolgen. Das ergibt

> D. 18, 1, 6, 2, Pomp. 541: Condicio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest, sicuti etiam abiri a tota emptione potest, si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt.

Die am Schluß aufgestellte Voraussetzung der res integra gilt nicht nur für die unmittelbar vorausgehende ersatzlose Auflösung (abiri a tota emptione), sondern auch für die Bedingungsänderung; diese kann deshalb nicht als pactum adiectum verstanden werden, denn ein solches erfordert nicht res integra.

Nicht hierher gehört

> D. 18, 5, 7 pr., Paul. 1324: Si id quod pure emi sub condicione rursus emam, nihil agitur posteriore emptione.

Dabei ist unterstellt, daß keine Änderung des ersten Kaufs gewollt war. Der folgende § 1 behandelt den Fall, daß ein Mündel zuerst ohne tutoris auctoritas, dann mit solcher kauft oder umgekehrt. Das Ganze ist nicht aus der Praxis, sondern aus den Quaestionen des Paulus entnommen und wohl Teil einer akademischen Kasuistik der Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mehrerer Verträge über denselben Gegenstand[1]; die Fälle haben darum nicht durchweg Anspruch auf praktische Wahrscheinlichkeit, sowenig wie die bekannten Schulbeispiele der Bedingung.

---

[1]) Wie D. 45, 1, 25; 46, 2, 9, 2. Nach heutiger Anschauung wäre ein bedingter Neuabschluß auch ohne Aufhebung des vorausgegangenen unbedingten nicht unwirksam, sondern für den Fall bedeutsam, daß der erste wegfällt.



c) Auf **pactum de non petendo** ist die sogenannte Konzentration der Alternativobligation durch formlose Vereinbarung zurückzuführen.

D. 2, 14, 27, 6, Paul. 128: Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam.

Die als itp. bekannte[1]) Fortsetzung gibt den falschen Grund an, daß ein pactum über zehn ebenso absolut wirken müsse wie die Zahlung u. a.; gehe aber der Wille dahin, daß Stichus geleistet werden solle, so könne der Gläubiger auf diesen allein klagen. — Das pactum, ne decem petantur, kann ohne Zwang nur als Beschränkung auf Stichus, nicht wie in der interpolierten Begründung als Erlaß der ganzen Forderung verstanden werden.[2]) Die Durchführung machte aber im Formularprozeß Schwierigkeit: da, wie stets im Zweifel, Wahlrecht des Schuldners vorausgesetzt ist, konnte der Gläubiger wegen der Pluspetitionsgefahr ipso iure nicht auf Stichus allein klagen (Gai. 4, 53d)[3]); der einzig zulässigen Klage auf Stichus oder zehn aber stand die exc. pacti entgegen, denn das Klagpetitum ließ zwar dem Schuldner die Wahl, hätte aber bei zufälligem Tode des Stichus seine Verurteilung in zehn zur Folge gehabt. Die Lösung kann wohl nur darin bestanden haben, daß der Gläubiger doch alternativ klagte und die exc. pacti durch replicatio zurückschlug.[4]) Für die Kompilatoren war diese

---

[1]) Eisele, Sav.-Z. 18, 12ff.; Mitteis, Aus römischem und bürgerlichem Recht, Leipz. Festschr. für Wach, 6ff.; Segrè, Riv. del Dir. Commerciale 12, 11 n. 2; Vassalli, Misc. crit. 5 (in Studi econ. giur. 8 Cagliari 1917) 29.

[2]) Eisele; a. M. Mitteis, weil sich die Parteien nur ungenau ausgedrückt hätten.

[3]) a. M. Segrè; zutreffend Mitteis.

[4]) Mitteis: aut si id actum sit, ne decem sed Stichus praestetur; dann führte, wenn Stichus zufällig starb, die exc. pacti trotzdem zur Klagabweisung. Über den ganz unmöglichen § 7, der aus Gattungsstipulation die Klage auf eine bestimmte Sache gestattet, zutreffend Mitteis; die Annahme Segrès, daß eine Gattungsschuld mit Gläubigerwahl vorausgesetzt ist, bleibt für justinianisches Recht die allein mögliche Lösung, kann aber als ganz lebensfremd dem klassischen Text nicht unterstellt werden.

Entscheidung unbrauchbar, weil es eine Pluspetitionsgefahr nicht mehr gab. Sie ließen darum die völlige Klagabweisung stehen, erklärten sie aber aus einem angeblich auf vollen Erlaß gerichteten Willen; sie fügten weiter den von Paulus ausschließlich gemeinten Fall als Fortsetzung an, indem sie hier — für den Prozeß ihrer Zeit richtig — eine Klage auf Stichus allein zuließen und die exceptio als unbegründet verwarfen.

Den gleichen Fall beim Kauf behandelt

D. 18, 5, 4, Paul. ad Iul. 123: Si emptio contracta sit togae puta aut lancis et pactus sit venditor, ne alterutrius emptio (P.: petitio?) maneat, puto resolvi obligationem huius rei nomine dumtaxat.

Auch hier wird Paulus nur ein pactum de non petendo angenommen haben: resolvi bedeutet auch exzeptionsmäßige Entkräftung (vgl. Gai. 4, 126 für replicatio); in den zwischen pactum de n. p. und contrarius consensus schillernden Worten „pactus, ne emptio maneat" dürfte er statt emptio eher petitio geschrieben haben. Contrarius consensus wäre, da nicht eine Seite des Vertrages allein aufgelöst werden kann, nur als völlige Auflösung mit Neuabschluß denkbar, wovon nichts angedeutet ist.

d) D. 18, 5, 1, Pomp. 615: Celsus filius putabat, si vendidisset mihi filiusfamilias rem peculiarem, etiam, si conveniat ut abeatur ab ea venditione, inter patrem et filium et me convenire debere, ne (P.: quia?)[1]), si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari et quaeratur, utrumne nihil agatur [ex] ea pactione, an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus [sicuti, si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur, ipse quidem liberatur, non etiam qui cum eo pactus est].[2]) nam quod Aristo dixit posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, [non est verum, quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit: et ideo si ab una parte

---

[1]) ne paßt zu possit liberari, aber nicht zu quaeratur: „damit" nicht gefragt werden kann, ob — oder?

[2]) Grundloser Redewechsel: debere, si paciscatur, liberatur, est.

renovatus[1]) sit contractus, dicitur non valere eiusmodi pactionem. sed dicendum est patre paciscente et liberato adversario filium quoque obiter liberari].[2])

Zur Auflösung eines vom Haussohn geschlossenen Pekuliarverkaufs durch contrarius consensus bedarf es des Einverständnisses zwischen Käufer, Vater und Sohn. Die schon von Faber[3]) als interpoliert erkannte Endentscheidung, nach der eine nur zwischen dem Käufer und dem Vater vereinbarte Vertragsauflösung nebenher auch den Sohn befreien soll, ist nicht unpraktisch, aber im Widerspruch mit elementaren römischen Rechtsanschauungen, denn sie kommt auf Erlaßvertrag zugunsten eines Dritten heraus (Paul. 127, D. 2, 14, 21, 2). Infolge dieser neuen Lösung ist der vorausgehende Text offenbar verändert worden, und die unvollständig wiedergegebene Entscheidung Aristos läßt sich aus der gegen sie gerichteten schiefen und oberflächlichen Polemik nur erraten. Wenn nach Aristo ein pactum auch so geschlossen werden kann, daß ein Teil verpflichtet bleibt, so ist das natürlich nicht „unwahr", sondern im Gegenteil gar nicht bestreitbar: selbstverständlich kann der Verkäufer auf seine Forderung durch pactum verzichten, ohne daß der Käufer das gleiche tut, und es steht auch im vorliegenden Falle nichts im Wege, wenn der Vater die actio venditi und der Käufer die actio empti de peculio gegen den Vater je durch ein pactum de non petendo erlassen will, während die a. empti gegen den Sohn bestehen bleibt. Nur ist das kein contrarius consensus, weil es nicht das ganze Vertragsverhältnis auflöst. Es fragt sich deshalb, ob die als Kontraktsauflösung gemeinte Vereinbarung zwischen Vater und Käufer einfach als unwirksam zu kassieren oder ob sie in jene zwei pacta de non petendo zu konvertieren ist. Aristo entschied wohl im Sinne der Konversion und wies darauf hin, daß die

[1]) Noch unpassender als in D. 2, 14, 7, 6 (S. 91), weil hier die aufzuhebenden Verpflichtungen nicht einmal durch neue ersetzt werden sollen.

[2]) Redewechsel: est, quia possit, si sit, dicitur; Beseler 2, 70 streicht quia — possit.

[3]) Bull. 13, 228.

bestehen bleibende a. empti gegen den Sohn ja doch nur hinkend und gegen seinen Willen nicht durchzusetzen war, wenn sich der Käufer nicht zur freiwilligen Leistung des ihm vom Vater erlassenen Kaufpreises verstehen wollte. Die Gewaltlösung am Schlusse wird freilich dem Parteiwillen noch besser gerecht, und darum mögen sich die Kompilatoren die Widerlegung Aristos bequem gemacht haben.

Nach dem grundlosen Moduswechsel zu schließen, scheint auch der Vergleich mit dem Mündel, der ohne tutoris auctoritas Vertragsauflösung vereinbart hat, eingeschoben zu sein; er ist aber wohl nicht erst von den Kompilatoren herangezogen, sondern eher aus der gestrichenen Ausführung Aristos im zweiten Satze hierher übertragen, denn er widerspricht der Stelle, die den Fall des Mündels selbständig behandelt,

> D. 18, 5, 7, 1, Paul. 1324: idem potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emptione: an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant.[1]) [sed nec illud sine ratione dicetur, quoniam initio recte emptio sit contracta, vix bonae fidei convenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si iusto errore sit deceptus.][2])

Daß der Kauf anfangs gültig war (quoniam — contracta), ist doch kein Grund, seine Auflösung für unwirksam zu halten; auch klingt die Unsicherheit (vix) und Weichheit der Begründung nicht nach Paulus. Der Schlußsatz entspricht heutigem Empfinden besser, Paulus aber wird eher wie D. 18, 5, 1 ein hinkendes Rechtsverhältnis angenommen haben.

IV.

Der oft überlieferte[3]) Satz, daß contrarius consensus nur re integra oder re non secuta zulässig

---

[1]) Albertario, Rend. d. Ist. lombardo 46, 855 streicht ut scilicet — competant.

[2]) Itp. Beseler 4, 59 wegen captiosus.

[3]) I. 3, 29, 4; D. 2, 14, 7, 6; 58; 18, 1, 6, 2; 72 pr.; 18, 5, 2; 3; 5, 1; 46, 3, 95, 12; 46, 4, 23; C. 4, 45, 1; 2.

sei, ist wohl gelegentlich der Vollständigkeit wegen interpoliert worden[1]), aber trotzdem gewiß klassisch.

Aus D. 2, 14, 58, Nerat. 15 erfahren wir, daß Aristo sein Geltungsgebiet erweitern und ihn auch gestatten wollte, wenn ein Teil schon geleistet, aber das Geleistete vollständig zurückerhalten hatte:

Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, [quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit . . . praestares][2]) . . .

Aristo nahm also durch erweiternde Auslegung an, daß res integra nicht nur bestehen geblieben, sondern auch wiederhergestellt sein könne.

Die gleiche Erweiterung kehrt nur noch in C. 4, 45, 1, Gord. ziemlich ungeschickt wieder, wohl von Kompilatorenhand:

at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem[, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit].

Doch ist daraus nicht zu schließen, daß Aristo mit seiner Meinung allein geblieben wäre. In Prozessen wird sein Fall nicht gerade häufig zur Sprache kommen[3]); hätten ihn die Späteren immer wieder hervorgehoben, so würde ihnen das wohl heute den Vorwurf der Kompletomanie eintragen. So ist aus C. 4, 45, 2, Diocl. weder für[4]) noch gegen eine Ablehnung der Meinung Aristos etwas zu entnehmen:

---

1) Z. B. D. 18, 1, 72 pr. Paul. (S. 92 n. 2); vielleicht auch 18, 5, 5, 1 (Modus fuerit).

2) Index itp. Sav.-Z. 32, XVI; Perozzi 178. Die direkte Rede ist von quia bis praestares unpassend; erst der Schluß von illud plane ab führt sich als eigener Zusatz des Neratius ein.

3) Vgl. S. 71.

4) So de Francisci, Synallagma 1, 118 n.



Perfectam emptionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolvi constat. Ergo si quidem arrae nomine aurum datum sit solum, potes hoc[1]) secundum fidem pacti recuperare. Si vero partem pretii persolvisti, ad ea, quae venditorem oportet ex en litione praestare, magis actionem quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes.

Die Parteien hatten Auflösung des Vertrags vereinbart, obwohl der Käufer schon Gold geleistet hatte; es war zweifelhaft, ob dies als arra[2]) oder als Teil des Kaufpreises anzusehen war; die Entscheidung sagt, daß der Käufer ersterenfalls das Gold zurückfordern, letzterenfalls aber nur die Kaufsache verlangen könne, weil die Vertragsauflösung nur re integra zulässig sei. Da der Verkäufer das Empfangene nicht zurückgegeben hatte, bestand gar kein Anlaß zu einer Äußerung darüber, wie es im Fall der Rückgabe zu halten sei; res integra ließ sich zudem auch nach einer Rückgabe annehmen.

Heute wird Aristos Ansicht bald als unjuristisch getadelt, bald als bahnbrechende Neuerung gepriesen.[3]) Der Tadel beruht vorwiegend[4]) auf der unrichtigen Auffassung, daß contrarius consensus nur Erlaß der beiderseitigen Verpflichtungen sei; danach könnte es scheinen, als müßte nach Aristo auch die schon erfüllte Verpflichtung des Verkäufers erlassen und zu diesem Zweck erst wiederhergestellt werden, wofür die Rückgewähr allerdings kein taugliches Mittel wäre.[5]) Da aber contrarius consensus in Wahrheit Kontraktsauflösung ist, bleibt Aristo durchaus folgerichtig: Der Kontrakt behält auch nach der Erfüllung noch die Bedeutung als causa acquirendi, die eine Rückforderung der empfangenen Leistung ausschließt; seine Auflösung ist darum konstruktiv selbst nach vollständiger Erfüllung noch denkbar; sie würde den empfangenen Leistungen den

---

[1]) solum — hoc nach **Mommsen**.

[2]) S. den gleichen Fall in D. 19, 1, 11, 6.

[3]) So von **de Francisci** a. a. O.

[4]) Allerdings tadelt auch **Leist**, Wechselbeziehung 20 n., obwohl Anhänger der richtigen Meinung.

[5]) So **Girard**, Manuel[7] 729 n. 3 (v. **Mayr** 779 n. 1).

Rechtsgrund entziehen und ihre Rückforderung ob causam finitam ermöglichen. Wenn nun Aristo die Kontraktsauflösung nicht als Rückforderungsgrund gelten läßt, ihr aber doch bei freiwilliger Rückgewähr die Wirkung einer ipso iure-Tilgung der noch ausstehenden Verpflichtungen beilegt, so ist das zwar nicht der letzte Schritt zum Ziel, aber doch immerhin ein Fortschritt, ebenso wie die Anerkennung des Tausches als Realkontrakt eine Stufe in seiner Entwicklung zum Konsensualkontrakt bedeutet. Die Parteien konnten sich in Aristos Fall auch durch Novation mit anschließender acceptilatio der Kaufpreisforderung oder durch Rückverkauf mit Kompensation der Kaufpreisansprüche helfen[1]); aber das waren schwerfällige Umwege, und der Rückverkauf konnte geradezu widersinnige Rechtsfolgen nach sich ziehen: war die Sachmängelhaftung des Rückverkäufers nicht wegbedungen[2]), so hatte dieser dem Rückkäufer auch für Mängel einzustehen, die schon beim Abschluß des ersten Kaufs vorhanden waren; er mußte also gewärtigen, daß der Rückkäufer Redhibition verlangte und ihm so die schon zurückgegebene Sache gerade auf Grund einer Vereinbarung, durch die er sie loswerden sollte, von neuem aufdrängte.

Zur letzten Auswirkung konnte freilich Aristos Neuerung nicht gelangen, solange einer Rückforderung schon bewirkter Leistungen der Satz „ex pacto actionem non nasci" im Wege stand; für den Fall, daß nicht gutwillig res integra wiederhergestellt wurde, verweist deshalb die Fortsetzung des fr. 58 nur auf die Möglichkeit des Rückkaufs:

> illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest[3]), ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino ne-

[1]) Girard a. a. O.

[2]) Das war nach D. 2, 14, 31 zulässig, aber nicht selbstverständlich. D. 21, 1, 46 hebt sogar bei der Redhibition besonders hervor, daß der Käufer keine cautio furtis noxisque solutum esse zu stellen brauche.

[3]) illud — potest itp. Perozzi 178?.



gotio discedatur, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur.

2. Anders steht es in einem Falle, der dem Aristos zum Verwechseln ähnlich sieht: bei der redhibitio sine iudice sind auch Klagen auf Rückgabe gestattet;

D. 21, 1, 23 pr., Ulp. 1767: quod si sine iudice homo redhibitus sit, reliqua autem quae diximus nolit emptor reddere, sufficiat venditori ex vendito actio;

eod. 31, 17, Ulp. 1781: In factum actio competit ad pretium reciperandum, [si mancipium redhibitum fuerit][1]: in qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum, an sit redhibitum.

Redhibitio ist kein nudus consensus, sondern mit Rückgabe der Kaufsache verbunden (§ 18 eod.). Geschah sie sine iudice, ohne daß causa redhibitionis vorlag, so unterschied sie sich von Aristos contrarius consensus mit freiwilliger Rückleistung nicht im Tatbestand, sondern nur in der Tendenz und im Namen. Daß sie anders behandelt wird, beruht auf der Tragweite des Satzes „ex pacto actionem non nasci"[2]), nach dem zwar selbständige actiones auf Grund eines pactum ausgeschlossen waren, aber der Geltendmachung des pactum durch eine ohnehin begründete actio nichts im Wege stand. Ebenso wie bei der Geltendmachung eines pactum pro actore adiectum durch die Kontraktsklage handelt es sich auch bei der Redhibition nicht um Schaffung neuer Aktionen durch formlose Vereinbarung, sondern um Anwendung ohnehin begründeter Aktionen: wenn ein Redhibitionsgrund vorlag, um Erstreckung der a. venditi auf Vervollständigung der Rückgabe, wenn mit oder ohne Grund bereits sine iudice redhibiert war, um die im Ädilenedikt vorgesehene a. in factum auf Rückzahlung des Preises.[3]) Dagegen fehlte es beim contrarius consensus an solchen Aktionen, die auf Rückgewähr schon bewirkter Leistungen hätten ausgedehnt werden können.

---

[1]) Modus fuerit; auch ganz überflüssig.

[2]) Oben S. 83. [3]) Lenel, Edict. [2] 536.

Seit der Satz „ex pacto actionem non nasci" seine Geltung verloren hat, hindert nichts mehr, die Neuerung Aristos zum Abschluß zu bringen, um die Vertragsauflösung auch nach der Erfüllung noch zu gestatten. Sie hebt dann nicht die schon erfüllten Vertragspflichten nochmals auf, zerstört aber den Rechtsgrund der schon vollzogenen Leistungen mit der Wirkung, daß diese ob causam finitam kondiziert werden können.[1])

VI.

Mandatela und custodela.

Von

Herrn Professor Dr. **Egon Weiß**

in Prag.

Eine der am meisten in die Augen stechenden Erscheinungen der lateinischen Sprachgeschichte ist das massenhafte Absterben von Wörtern und Wortformen gerade um die Anfänge, vielleicht durch die ersten Flügelschläge der Literatur.[2]) Dies gilt für die Rechtssprache in aller Regel nicht. Im ganzen und großen stoßen wir hier in Formularien, Spruchformeln und Gesetzen auf ältestes Sprachgut. Die Wortformeln des römischen Rechtes, großenteils urzeitlichen Alters[3]), setzen einen im wesentlichen mündlichen Geschäftsverkehr voraus und sind demnach noch vor dem allgemeinen Gebrauch der Schrift entstanden[4]); von dem wichtigsten aller römischen Gesetze, den Zwölf Tafeln, ist es außer Zweifel, daß seine Quelle nicht bloß

---

[1]) So für gem. R. Dernburg, Pand. 2 § 102 n. 1 (Sokolowski § 359 n. 1); für das BGB. Siber, Jherings J. 70, 279ff.

[2]) Bücheler, Rheinisches Museum XXXIX, 1884, 420.

[3]) Mitteis, R.P.R. I, 1908, 260 für die Libralgeschäfte.

[4]) Leo, Geschichte der Römischen Literatur I, 1913, 24.

inhaltlich, sondern auch im Ausdruck das schon vordem in der Gewohnheit lebende Recht gewesen ist.[1]) Allen Äußerungen des rechtsbildenden Geistes in Rom ist aus dem Gesichtspunkte der Ökonomie geistiger Arbeit ein hohes Maß von Konstanz eigen, und, vermöchten wir in dem vor uns aufgeschlagenen Buche der juristischen Terminologie alles zu lesen, so läge die ganze Geschichte des römischen Rechts von den Anfängen primitiver Denkformen bis zu seiner ausgebildetsten Entwicklung vor unseren Augen.[2])

I.

In der Grabrede auf die sogenannte[3]) Turia (Bruns I [7] nr. 126; CIL. 6, 1527, Dessau 8393) wird das Verhältnis de- Ehegatten zur Erhaltung des beiderseitigen Vermögens dar hin geschildert I 37f.: officia ita [par]titi sumus, ut ego tu[t]elam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sust[ineres. Einem Hinweis Rudorffs folgend, hat Mommsen darauf bereits aufmerksam gemacht[4]), daß hier die Idee der wirtschaftlichen Vermögensgemeinschaft als Folge der Ehe zum Ausdruck kommt, eine Auffassung, die innerhalb der römischen Gedankenwelt der Kaiserzeit noch durch eine Kolumellastelle und die bekannte Definition der Ehe durch Herennius Modestinus repräsentiert wird[5]), während die rechtliche Ausgestaltung der manus-Ehe von dem Ge-

---

[1]) Lenel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft I [7], 1915, 326.

[2]) Usener, Vorträge und Aufsätze 1907, 107.

[3]) Hirschfeld, Kleine Schriften 825; Kübler, Ztschr. der Savigny-Stiftung 41, 1920, 39 Anm. 2; Weiß in der Realenzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft unter laudatio Turiae.

[4]) Mommsen, Gesammelte Schriften I, 1905, 415.

[5]) Columella 12 praef. 8 nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse iuris sui diceret, sed in commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis industria rationem parem faceret. Modestinus D. XXIII, 2, 1 (Lenel 180): Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio. Bernhöft bemerkt in der Weihnachtsgabe Rostocker Universitätslehrer 5, daß diese auf die spätere Ehe recht schlecht passende Begriffsbestimmung für die alte Ehe gemacht war.

waltverhältnis, der freien Ehe von der Gütertrennung ausgeht.[1]) Hier liegt wohl letztere vor, da der Ehefrau gesetzliches Erbrecht gegen ihre Eltern zugeschrieben wird.[2]) Jedenfalls indes ist die hinter der custodia liegende Vorstellung eine durchaus reale, die einer Bewachung oder, wie wir sagen würden, die einer Innehabung und Beaufsichtigung des ganzen Vermögens; ihr steht die dem Manne obliegende tutela als Schutzgewalt gegenüber. Es verdient nun Beachtung, daß sich eine ähnliche Gegenüberstellung, sogar mit Identität des einen Gliedes, an einer ganz anderen Stelle unserer rechtlichen Überlieferung findet. Im Formular des Manzipationstestamentes sagt der familiae emptor zum Erblasser (Gaius 2, 104) nach dem Veroneser Manuskript:

> Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua⟨m⟩ custodelaque mea [esse aio, eaque], quo tu iure testamentum facere possis secundum legem puplicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta.

Die Textgestaltung, wie sie gerade gegeben wurde, ist mit der von Seckel-Kübler identisch; letztere ist gewiß der Handschrift gegenüber die vorsichtigste.[3]) Es darf

---

[1]) So Bernhöft a. a. O. 14.

[2]) Kübler, Ztschr. der Savigny-Stiftung 41, 1920, 40.

[3]) Kritisches zum Text: Husohke und Böcking setzen in ihren Ausgaben an die Stelle von mandatela tua, das durch den Gegensatz von custodelaque mea gefordert wird, mandatela tutela. Ohne weiteres ist klar, daß sich das überflüssige m hinter tua ² als ein Schreibversehen darstellt, hervorgerufen dadurch, daß mehrere Worte auf m, insbesondere das Wort tuam ¹, vorangehen. Schwer faßlich ist wohl der Vorschlag Knieps: mandatela tutela mea, welch letzteres Wort hinter dem unmittelbar folgenden custodelaque wiederkehrt. Studemund-Krüger und Baviera in den Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (Florenz 1908) verbessern: endo mandatelam custodelamque meam; das im Manuskript nun einmal erhaltene tuam wird so einfach gestrichen. Noch anders Salkowski, Ztschr. der Savigny-Stiftung 3, 1882, 199: endo tutela (et ut quidam adiciunt: custodelaque) mea; das ist paläographisch unmöglich. — Die Worte et ut quidam adiciunt gebraucht Gaius einige Zeilen nachher unter Hinweis auf die Erwähnung aeneaque libra; zu der dadurch postulierten tutela rei Schirmer, das. 2, 1881, 173. — Die Einschaltung von esse aio ist schon durch den überlieferten Akkusativ familiam pecuniamque wahrscheinlich gemacht und durch die ceterae mancipationes (Gaius 1, 119), auf die der Schriftsteller ausdrücklich verweist, erfordert.

daran erinnert werden, daß in unserer Überlieferung der Hergang beim Manzipationstestament aus zwei Bestandteilen, nämlich der mancipatio familiae einerseits, wobei nur der familiae emptor spricht, und der dem Erblasser zufallenden nuncupatio andererseits zusammengesetzt ist, die Ulpian XX 9 mit einer vielleicht gleichfalls alten Bezeichnung testatio nennt.[1]) Ist das Testament schriftlich abgefaßt, so enthält sie den Zeugenaufruf zur Bekräftigung der Echtheit der erblasserischen Verfügung und ist uns in dieser Form bei Gaius und Ulpian a. a. O. erhalten, während wir nur Vermutungen darüber anstellen können, wie sie bei einem ganz mündlichen Testament gelautet haben kann.[2]) Diese Testatio ist es gewesen, die dem Rechtsgeschäft den Namen gab, denn testamentum ist sprachlich das Zeugengeschäft[3]), und andererseits kann diese Bezeich-

---

[1]) Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Zivilrechts 1848, 253 nimmt noch eine dritte Handlung an, nämlich die den Zeugen obliegende suprema contestatio und die (natürlich Schriftlichkeit voraussetzende) obsignatio durch den Erblasser und den Zeugen. Erman, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXVI, 1905, 473 nimmt an, eine ganz gewöhnliche testatio sei beim testamentum per nuncupationem regelmäßig, bei anderen Testamenten mitunter zur Anwendung gekommen; im Regelfall des geheim gehaltenen Testamentes hingegen ein Ritualbericht, mit teilweiser Bekanntgabe des Inhaltes. Weiter Mitteis, R.P.R. I, 1908, 294, doch auch Castelli, studî della scuola papirolog. II, 1917, 88.

[2]) Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II 855; Wlassak, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXXI, 1910, 206 Anm. 2; dort auch Hinweis auf die vom rein mündlichen Manzipationstestament handelnden Stellen. Wenigstens Sabinus muß mündliche Erbenernennung als das regelmäßige angesehen haben: (Ulp.) Idem libro secundo ad Sabinum (D. 28, 1, 21 pr.): Heredes palam ita, ut exaudiri possunt, nuncupandi sint: licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere. Aus späterer Zeit Iavolenus D. 28, 1, 25. Es ist indes nicht unbegreiflich, daß sie abkam, denn sie gewährte nicht die Möglichkeit, beim Prätor um die bonorum possessio einzukommen, die schon zu Ciceros Zeit eine Testamentsurkunde voraussetzte: in Verrem II 1, 45, 117: Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti possessionem dabo. Das Julianische Edikt bei Lenel, E.P.[2] 336.

[3]) Testamentum ist eine Instrumentalbildung zu einem nicht erhaltenen *testamen, zu dem es sich so verhält wie piamen und placamen

nung nicht bei der mancipatio familiae entstanden sein, weil sie diese gegenüber den übrigen Manzipationen nicht individualisiert hätte.[1]) Sie ist in ihrer Verbindlichkeit durch den Zwölftafelsatz (VI 1) über die allgemeine Geltung der Nunkupationen bei Manzipationen gedeckt[2]); über die Frage indes, ob unser Rechtsgeschäft diesen Satz voraussetzt[3]) oder durch ihn nur bestätigt wurde, mit anderen Worten, ob es in die Zeit vor den Dezemviren zurückreicht, enthalten wir uns vielleicht eines bestimmten Urteils. — Für die hier gerade interessierenden Worte ist betreffs der Altersfrage der sprachliche Gesichtspunkt und namentlich die Form endo für in entscheidend, die in unseren Rechtsquellen nur für die Zwölf Tafeln nachzuweisen ist; weder der Senatsschluß über die Bacchanalien (186 v. Chr.) noch das lateinische Stadtrecht von Bantia (132—117 v. Chr.) noch das Haingesetz von Luceria kennen sie.[4]) Hingegen

zu piamentum und placamentum; Deubner, Arch. für Religionswissenschaft XVI, 1913, 131. Testis ist der hinzukommende Dritte; Kretschmer in Gercke-Nordens Einleitung in die Altertumswissenschaft I 2, 1912, 510. Oskisches tristaamentud (Abl. sing.) Conway, Italic dialects I nr. 42 p. 60; Mitteis, R.P.R. I, 1908, Anm. 17. Sachlich ist die alte familiae emptio nichts weniger als ein Testament, weil die Erbeneinsitzung fehlt. Wlassak, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXXI, 1910, 214; Bruck, Grünhuts Ztschr. XL, 1914, 554.

[1]) Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Zivilrechts 1848, 246 nimmt an, daß die familiae emptio früher allein stand, „während die Erklärung des letzten Willens mit ihrer Grundlage, der Erbeinsetzung früher ganz fehlte". Es ist nicht klar, ob damit die nuncupatio überhaupt gemeint ist. Sollte dies der Fall sein, so besitzen wir dafür keine Anhaltspunkte.

[2]) VI 1. Die Zwölf Tafeln nennen neben und sogar vor dem mancipium in diesem Zusammenhang das nexum. Festus (Bruns, fontes II 7 18 p. 180 v. Thewrewk) erwähnt die nuncupatio bei den vota nuncupata der römischen Magistrate.

[3]) Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1901, 170; dagegen indes Mitteis, R.P.R. I, 1908, 82 Anm. 24.

[4]) S. C. de Bacchanalibus (CIL. I 196; Bruns, fontes I 7 36; Dessau 18) Z. 15: Sacra in [o]quoltod ne quisquam fecise velet; neve in poplicod neve in preivatod etc. Lex Lucerina (CIL. IX 782; Bruns, fontes 7 104; Dessau 4912): In hoce loucarid stircus ne [qu]is fundatid. In unserem Zusammenhang ist hingegen die durch Festus p. 54 v. Thewrewk, Bruns, fontes II 7 8 überlieferte Wendung „endo procinctu" von Interesse.

ist es denkbar, daß sich die bei der mancipatio familiae gleichfalls erwähnte lex puplica auf den Satz des öffentlichen Rechtes bezieht, der das Komitialtestament sanktionierte.[1]) Demnach würden die Worte endo mandatela tua custodelaque mea, die ja auch sonst sprachlich einen altertümlichen Eindruck machen, jedenfalls schon der alten familiae emptio, ohne Erbenernennung, angehören, mag man auch spätere Umgestaltungen des Formulars im Hinblick auf den Umstand für möglich halten, daß Gaius a. a. O. es als zu seiner Zeit in Gebrauch stehend bezeichnet[2]), wo sich schon längst das jüngere Manzipationstestament, mit Erbenernennung, durchgesetzt hatte.

II.

Was bedeuten nun die Worte: familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea [esse aio?

Die Betrachtung wird zweckmäßig von dem Gegensatz zwischen der dem Erblasser zugeschriebenen mandatela und der vom familiae emptor beanspruchten custodela auszugehen haben. Beide Worte sind sprachlich zunächst sogenannte Durative durch Bildung von Verbalkompositionen, die demnach die Dauer einer Tätigkeit ausdrücken und sie zugleich zum Begriff erheben.[3]) Andere Beispiele für diese Erscheinung aus dem juristischen Sprachgebrauch bilden tutela, protutela, clientela, das freilich erst späte (Interpretatio C.Th. 4, 12, 1) conductela, sequela; aus dem nicht juristischen obsequela, loquela, distribuela; eine einfache Substantivierung ohne den Durativsinn stellt querela und das ausdrücklich von Festus (p. 28 v. Thewrewk) als alt bezeichnete confugela im Sinne von confugium dar.[4])

---

[1]) Bruck, Grünhuts Ztschr. XL, 1914, 571; Weiß, Studien zu den römischen Rechtsquellen 1914, 20. Weitere Belege außerhalb Gaius 2. 104 und 3. 174 bei Mommsen, Gesammelte Schriften II, 1905, 142.

[2]) Bruck a. a. O. 537, 539; Mitteis, R.P.R. I 77 Anm. 11; 275. So wohl auch Rabel, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXVII, 1906, 328.

[3]) Osthoff in den „Beiträgen zur Geschichte der Deutschen Sprache und Literatur" III, 1876, 346. Lindsay, Die lateinische Sprache, übersetzt von H. Nohl 1897, 378, 379 leitet diese Formen von neutralen es-Stämmen ab, z. B. querela von *queresla. Zu custos daselbst 351.

[4]) Andere Wörter mit dem Suffix ela bei Gradenwitz, laterculi verborum 1904, 292.

Demnach schreibt sich der familiae emptor selbst ein dauerndes custodire als Folge der Manzipation zu, ähnlich wie sie die Turia am gemeinsamen Vermögen gehabt haben soll. Denn custodela ist eine alte Form für custodia.[1])

In dem gleichen Sinne hat nun die Wendung plautinische Parallelen von Interesse, die die Übernahme der Obsorge über ein Vermögen oder einer Persönlichkeit identisch zum Ausdruck bringen. So läßt sich Tranio in der Mostellaria 405f. von Pluto den Schlüssel seines Hauses geben; dieser tut es mit den Worten: „In tuam custod[é]lam meque et meas spes trado, Tranio." Im Rudens 695 umfaßt Ampelisca den Altar der Venus mit der Bitte: „In custodelam nos tuam ut recipias et tutere." Kurz vorher, 625, heißt es von den Asylsuchenden im allgemeinen: „Veneri Veneriaeque antistitae More antiquo in custod[e]lam suom commiserunt caput."[2])

Jene custodela, die demnach der familiae emptor für sich beansprucht, schränkt er durch die dem Erblasser zustehende mandatela ein. Gewöhnlich wird diese mandatela mit dem Auftragsbegriff in Zusammenhang gebracht, ja sogar unmittelbar dem Mandat gleichgestellt.[3]) Diese Annahme bereitet wohl große Schwierigkeiten. Sie sind der herrschenden Lehre insofern klar geworden, als das Mandat regelmäßig mit dem Tode des Auftraggebers erlischt[4]), demnach insbesondere in Gegensatz zu der auf den Todesfall gestellten lex mancipationis tritt[5]), während diese man-

---

[1]) Festus p. 36 v. Thewrewk: Custodelam dicebant antiqui, quam nunc dicimus custodiam.

[2]) Belanglos ist es, wenn custodela einfach im Sinne von Bewachung, also ohne den Durativeffekt gebraucht wird. Mercator 223 träumt dem Sprecher davon, er habe eine schöne Ziege: In custod[e]lam simiae concredere. Ähnlich der manchmal archaisierende Appuleius, Metamorphosen II 22 custodela feralis (Totenwache); IX 17: uxorem . . . mira custodela munitam; X 13: iamque . . . acriorem custodelam et dinumerationem adhibebant.

[3]) Z. B. Sohm, Geschichte und System des römischen Rechtes [14] 1911, 723.

[4]) Gaius 3. 160.

[5]) Gaius D. 17, 1, 27, 1: Si servum ea lege tibi tradidero (T.; mancipavero G.), ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obli-

datela erst nach dem Tode des Auftraggebers in Wirksamkeit treten soll; noch in vergleichsweise später Zeit wird bei der testamentarischen Auflage der Ausdruck mandare nur ausnahmsweise verwandt und an seiner Stelle aus dem Grunde iubere gesagt, weil der Testator noch Herr seines Vermögens ist und das Mandat mehr der Befehl ist, daß ein anderer etwas mit seinem Vermögen tue.[1]) Andererseits ist die neuere Forschung geneigt, das Mandat im Einklange mit den gleich zu entwickelnden sprachlichen Zeugnissen als die juristische Fassung einer jener Gefälligkeitsabreden, die es gibt, ehe Verkehr und Rechtsgeschäfte aufkommen, erst sehr spät anzusetzen.[2]) — Allerdings gebraucht auch Gaius in unserem Zusammenhang den Ausdruck mandare für die letztwillige Verfügung; doch findet er es nicht in der mancipatio, sondern in der durch sie veranlaßten (ob id), insoweit zu ihr in Gegensatz tretenden testatio (nuncupatio).[3]) Hierbei wird davon abgesehen, daß Gaius oder selbst seine Vorlage[4]) der Entstehungszeit unserer Formel und ihrem ursprünglichen Sinne jedenfalls ferne stand.

Wirklich hat mandare, das Stammwort unserer mandatela, im Altlatein neben der abstrakteren und demnach wohl jüngeren Bedeutung des durch Willensübereinstim-

---

gatio etc. Mortis causa stipulatio Festus p. 156 v. Thewrewk; Bruns-Gradenwitz II [7] 14. Teilweise Lenel, Pal.I 558.

[1]) So Mitteis, R.P.R. 1, 1908, 195; zu den dort genannten Stellen mit mandare für die letztwillige Auflage Ulp. D. 17, 1, 12, 17: Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere etc.

[2]) Rabel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft I [7], 1915, 166. Perozzi, Istituzioni II, 1908, 244 Anm. 2 nimmt die Entstehung der actio mandati erst mit 150 v. Chr. (6. Jahrhundert d. St.) an; doch vergleiche auch Mitteis a. a. O. I, 1908, 45.

[3]) II 103: namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet.

[4]) Literatur zur Frage der Vorlage bei Wlassak, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXXI, 1910, 236; Kübler bei Pauly-Wissowa-Kroll unter Gaius VII 497; Krüger, Literatur und Quellen 1912, 210; Teuffel-Kroll-Leonhard, Römische Literaturgeschichte III, 1913, 87, 89.

mung zustande gekommenen Auftrages noch einen konkreteren Sinn, nämlich den, jemandem etwas in die Hand geben, wie dies den sprachlichen Bestandteilen des Wortes[1]) entspricht. Dies gilt insbesondere von Plautus.[2]) So sagt der Briefbote in dem Persa des Plautus 694: Mandatae quae sunt volo deferre epistulas. Oder die Frau sagt zu ihrem Vater, wobei die Vorstellung von der über sie begründeten manus daneben läuft: Ludibrio habeor etc. ab illo, quoi me mandasti, meo viro. Noch in der ersten Kaiserzeit heißt jemanden einem anderen in die Pflege geben mandarat alendum[3]) und die Übergabe von Kroninsignien zur Versendung durch einen Boten insignia mandare.[4]) Im übertragenen Sinn, doch noch im Altlatein ist dann mandare etwas in eine konkrete, körperliche Beziehung zu einem anderen bringen; die Erwähnung der Hand erweckt die Vorstellung der ganzen Person, so bei Ennius ed. Vahlen p. 145 v. 162 (Hectoris Lytra): malam pestem mandatam hostili manu. Demgemäß verwendet Plautus mandare für das Anvertrauen des ganzen Vermögens, so in der Cistellaria 719: ego tibi meas res mando. Ähnlich heißt dann bei Lucilius manus dare sich jemandem ganz in die Hände geben, auf Gnade und Ungnade überliefern.[5]) Demnach ist das durative Iterativ mandatela nicht mit mandare im Sinne des Konsensualkontraktes zusammenzustellen, son-

---

[1]) Lindsay a. a. O. 558 verweist darauf, daß es sich um eine Zusammensetzung ohne Präposition handelt, gleichsam aus einem vorauszusetzenden *manidus. Solche Zusammensetzungen (ähnlich aedificare) folgen den a-Stämmen.

[2]) Kniep, Gaius 3, 2, 332; Weiß, Münchner Kritische Vierteljahresschrift LV, 1919, 30.

[3]) Verg. Aeneis III 49: Hunc Polydorum auri quondam cum pondere magno infelix Priamus mandarat alendum Threicio regi.

[4]) Das. VIII 506: Ipse oratores ad me regnique coronam cum sceaptro misit mandatque insignia Tarchon.

[5]) Lucilius XXVII 722: Facit idem, quod illi, qui inscriptum e porta exportant clanculum, Ne portorium dent, Id concedere unum atque in eo dare, quo separatur, manus. Marx vergleicht in seiner Ausgabe des Lucilius 1905, II p. 259 Caesar de Bello Gallico V 31, 3: Res disputatione ad mediam noctem perducitur. Tandem dat Cotta manus: superat sententia Sabini, weiter Cicero Laelius 25, 26, 99.

dern es hängt vielmehr mit manus als Gewalt[1]) über Mensch und Sachen (familiam pecuniamque) zusammen.

Jetzt darf der sprachliche Sinn unserer Wendung als aufgeklärt gelten; sie ist, wie schon der Gebrauch von endo nahelegt, aus dem Altlatein und nicht aus der Begriffswelt des klassischen Rechtes zu verstehen, und endo mandatela tua custodelaque mea kann nichts anderes bedeuten, als daß der familiae emptor die Habe des Erblassers unter ausdrücklicher Anerkennung seines Herrenrechtes als eines gegenwärtigen für die Zukunft in seinen eigenen Gewahrsam nimmt. Sind die Worte esse aio, wie oben angenommen wurde[2]), wirklich dem ursprünglichen Formular zu eigen gewesen, so ist esse, wie auch sonst im Altlatein, z. B. in den Zwölf Tafeln bei den Bedingungssätzen, die manchmal dem Gesetzesbefehl vorangehen[3]), in doppelter Bedeutung gebraucht; während die mandatela des Erblassers eine gegenwärtige ist, bedeutet dasselbe esse einen zukünftigen Sachverhalt, nämlich die erst mit dem Tode des letzteren eintretende custodia des familiae emptor.

III.

Welchen Zweck verfolgt nun die custodela? Es ist davon auszugehen, daß als ursprünglich einziger Inhalt des Manzipationstestamentes nur Vermächtnisse, nicht Erbeinsetzungen, ja wahrscheinlich nicht einmal Vormundsbestellungen[4]) anzusehen sind, daß diese Vermächtnisse

---

[1]) Mitteis, R.P.R. I, 1908, 75 Anm. 5 a. E.: „Manus = Gewalt".

[2]) So S. 104 Anm. 3.

[3]) Bezeichnend für die Belanglosigkeit der Tempuswahl in den Zwölf Tafeln ist die vikariierende Verwendung von Präsens und Futurum: I 3: Si morbus aevitasve vitium escit, iumentum dato (escit ist Präsens, wie die vorangehenden Sätze zeigen). Si nolet, arceram ne sternito (letzteres altes Glossem, Literaturbericht in Bursians Jahresberichten der klassischen Altertumswissenschaft CLXXVI, 1918, 297). III 4: Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato.

[4]) Mitteis, R.P.R. I, 1908, 82 Anm. 24 zeigt, daß die Bestimmung der Zwölf Tafeln V 3: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei für das testamentum publicum erlassen wurde. In der Verleihung einer Vormundschaft liegt selbst eine Zuwendung, Mitteis a. a. O. 108 Anm. 30. Vgl. aber auch Hölder, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXX, 1909, 72

Vindikationslegate waren[1]) und daß schließlich das alte Recht als Anfallstag für die Legate, dies cedens, den Todestag des Erblassers ansah.[2]) Wenn wir nun weiterhin den Begriff der vindicatio als den eines Selbsthilfeaktes fassen[3]), demnach dem Vermächtnisnehmer ein Recht darauf zuschreiben, die ihm schon mit dem Tode des Erblassers angefallene Sache abholen zu dürfen, so ist der Inhalt dieser custodela ohne weiteres klar, sie geht einfach dahin, die Sachen zur Verfügung der Vermächtnisnehmer zu halten, ist also eine dem Erblasser gegenüber auf sich genommene Hüteverpflichtung. Eine gewisse Ähnlichkeit damit zeigt das custodiam suscipere, das der Verkäufer und Eigen-

---

und Lenel, Essays in legal history by Vinogradoff 1913, 125. Das Formular erwähnt in der Nuncupatio unter den letztwilligen Verfügungen nur Legate, siehe die folgende Anmerkung. Doch nimmt neuestens Coli, lo sviluppo delle varie forme di legato 1920, 59 Anm. 5 an, daß tutela im Testament ursprünglich ein diritto dell' occupante . . . temporaneo et limitato bedeutete. Zum Sinn von legare als Vindikationslegat zutreffend Biondi, Appunti intorno alla donatio mortis causa (Annali della facoltà di Giurispondenza dell' Università di Perugia II) 1914, 28.

[1]) Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, 1901, 916; Wlassak, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXXI, 1910, bes. p. 220; Bruck, Grünhuts Ztschr. XL, 1914, 557. Dagegen, doch ohne die Gründe der Genannten entkräften zu wollen, Coli a. a. O. bes. p. 25. Wlassak zustimmend Lenel, Essays in legal history by Vinogradoff 1913, 125 f.

[2]) Ulp. 24, 31: Legat[o]rum etc. dies cedit antiquo quidem iure ex mortis testatoris tempore. Ulp. D. 36, 25, 1; 12, 3. Pap. D. 34, 7, 3. Zum Begriff und zur Lehre vom dies cedens Mitteis, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXXII, 1911, 1f.; Sommer, Dies cedens v právu římském 1913, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXXIV, 1913, 394.

[3]) Wlassak (unter Beistimmung von Mitteis) a. a. O. 202; Partsch bei Spiegelberg, Die demotischen Papyri Hauswaldt 1913, 24; H. Meyer, Ztschr. der Savigny-Stiftung, German. Abt. XXXVII, 1916, 491. Das Wort vindicare ist innerhalb der lateinischen Sprachgeschichte (also trotz des Legisaktionenformulars bei Gaius IV 16) ziemlich jung. Die Reihe der Zusammensetzungen ist vindicere (Zwölf Tafeln III 3), vindex, vindicare, ebenso wie ius dicere, iudex, iudicare. Sprachlich hängt das Wort weiter mit vis zusammen, Kraft, Gewalt, doch auch entsprechend der Irrelevanz sittlicher Maßstäbe im alten Latein, Gewalttätigkeit. Coli a. a. O. 59 unter Hinweis auf Betti, la vindicatio romana primitiva e il svolgimento storico nel dir. priv. e nel processo Filangieri 40, 1915, 321—368.

tümer nach Justinians Institutionen III 23, 3a durch besondere Garantieabrede übernimmt[1]); doch hat dies den Satz von der gesetzlichen Gefahrtragung durch den Käufer zur Voraussetzung, dessen klassischer Ursprung bestritten ist.[2]) Soll sich Entfremdung der Sachen aus dem Nachlasse als Diebstahl darstellen[3]), söll insbesondere die usucapio pro herede ausgeschlossen werden, so wird immer erfordert, daß sich der Berechtigte in den Besitz der betreffenden Nachlaßsache gesetzt hat[4]) und daß auch nicht die Erbfolge des suus heres eingetreten ist; allerdings sprechen die uns erhaltenen Formulierungen dieser Rechtssätze, die den familiae emptor nur mehr als Solennitäts-

---

[1]) Iust. Inst. III 23, 3a: Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Zum salvum fore recipere der Schiffsleute Mitteis, Leipziger S.-B. LXII, 1910, 270, 271. Anders Rabel in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft I[7], 1915, 480 Anm. 7 und 481; P. M. Meyer, Juristische Papyri 1920, 130; streitig ist, ob die Abrede die Haftung für vis maior einschließt; Mitteis-Wilcken 2, 1, 260. Literatur zur Haftung für custodia als Ausfluß anderer Obligationsverhältnisse bei Fr. Haymann, Ztschr. der Savigny-Stiftung XLI, 1920, 46, 47; Kniep, Gai. instit. commentarius tertius 2, 1917, 468—555.

[2]) Fr. Haymann, Ztschr. der Savigny-Stiftung XLI, 1920, bes. p. 76 (zu Paulus-Alfenus D. 18, 6, 15, 1).

[3]) Paulus Sententiae II 31, 12: Rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest; vgl. auch Gaius III 201 (in der folgenden Anmerkung).

[4]) Gaius II 52: Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit etc., dazu Lenel, Ztschr. der Savigny-Stiftung XXXVII, 1916, 129; weiters die Parallelstelle III 201: Rursus ex diverso int[e]rdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede exta[n]te placuit nihil pro herede usucapi poss[e]. Der necessarius heres, der Zwangserbe, ist im Gegensatz zu den übrigen Erbenkategorien nicht bloß schon seiner ursprünglichen Anlage nach, ebenso wie die anderen sui, Gesamtnachfolger (Lenel 133, 134), sondern diese Rechtsstellung ist bei ihm auch zur Zeit des Gaius eine definitive, während dies für die anderen sui wegen des prätorischen beneficium abstinendi nicht mehr gilt.

person kennen, immer vom Besitzerwerb durch den heres, den das ältere Manzipationstestament nicht gekannt hat.

Die Hüteverpflichtung beginnt demnach mit dem Tode des Erblassers und endet mit dem Abholen der Sachen durch die Vermächtnisnehmer und es steht nichts im Wege, die Beziehungen zwischen dem ursprünglichen familiae emptor und dem Erblasser einerseits, den Vindikationslegataren andererseits als ein Treuhänderverhältnis aufzufassen[1]), nur sind die antiken Vorstellungen auch in diesem Punkt viel konkreter, sinnfälliger und blutvoller. —

Ein bedeutender Teil der Fortschritte, die unsere Wissenschaft im letzten Jahrhundert gemacht hat, stellt sich einmal als schöpferische Wiedererkenntnis der antiken Gedankengänge dar, dann aber, als deren Voraussetzung, die einwandfreie Herstellung dieser Überlieferung in ihrer ursprünglichen Gestalt. Gewiß hat niemand diese beiden Seiten der geschichtlichen Rechtswissenschaft in höherem Maße in sich vereint als der Gelehrte, dem diese Blätter gelten, er, auf den Justinians Worte Anwendung finden (C. 4, 5, 10, 1):

SUMMAE AUCTORITATIS HOMINEM ET PRAETORII EDICTI ORDINATOREM.

---

[1]) So Bruck a. a. O. 539. Zur Frage nach dem Eigentumserwerb des familiae emptor Mitteis, R.P.R. I, 1908, 77 Anm. 11; Bruck a. a. O. Wie zwang man den familiae emptor zur Einhaltung seiner Verpflichtungen? Vermutungen hierüber bei Appleton, le testament romain 1903, 114; Mitteis a. a. O. Biondi a. a. O. 33, unter Hinweis auf Fadda, Studi e questioni di diritto I, 100, nimmt an, es liege nur eine „semplice raccomandazione" vor; sie „non generava un obbligo giuridico".

VII.

Aus der Frankfurter Papyrussammlung (nebst einem unveröffentlichten Papyrus der Sammlung Gradenwitz.)

Von

Herrn Professor Dr. **Hans Lewald**
in Cöln a. Rh.

Die kleine Sammlung griechischer Papyri des Frankfurter Juristischen Seminars umfaßt außer den bereits edierten sieben Urkunden eine Anzahl (ca. 50 Stück) kleinere Texte von sehr ungleichem Wert, die großenteils ebenso wie die schon publizierten dem dritten vorchristlichen Jahrhundert angehören und nach Herkunft und Abfassungszeit Urkunden der Sammlung Gradenwitz nahestehen. In einigen Fällen ist diese Beziehung eine besonders enge. So konnte ich zu einem Pachtvertrag der Frankfurter Sammlung, der aus dem Jahr 214/3 stammt (Inv. Nr. 30) ein fehlendes Stück in P. Grad. Inv. Nr. 184 hinzufinden, wie andererseits in einem Frankfurter Fragment den in P. Grad. 1 fehlenden Anfang der lin. 8 bis 16. Der im folgenden an erster Stelle vorgelegte P. Frankf. Inv. Nr. 17 ist offenbar mit P. Grad. 3 zu kombinieren.

I.

Der Frankfurter Papyrus Inv. Nr. 17 ($12\frac{1}{2} \times 14$ cm) besteht aus zwei von Herrn Ibscher zusammengefügten Fragmenten. Die Schrift ist eine auf der rechten Hälfte des Papyrus stark verblaßte und daher schwer lesbare Kursive, die m. E. von derselben Hand herrührt wie die des P. Grad. 3.

An der inhaltlichen Zusammengehörigkeit beider Texte kann ein Zweifel nicht bestehen: in beiden handelt es sich

um dieselben Personen und um dieselbe Angelegenheit. Im Hinblick auf die zahlreichen Korrekturen, die P. Grad. 3 aufweist, könnte man deshalb zunächst vermuten, daß der P. Grad. als Entwurf der *ἐγγύη παραμονῆς* aufzufassen sei, die in der Frankfurter Urkunde vorliegt; doch darf wohl eine noch engere Beziehung zwischen beiden Stücken angenommen werden. Soweit die Reproduktion des P. Grad. (Tafel I der Edition) ein Urteil gestattet, halte ich es für sicher, daß wir in den Frankfurter Fragmenten den bisher fehlenden Teil der scriptura exterior des P. Grad. vor uns haben; sie fügen sich in lin. 15 bis 22 der Außenschrift aufs beste ein. Die erste erhaltene Zeile des Frankfurter Papyrus (unten l. 3) ist dann mit lin. 17 des P. Grad. identisch. In der nachfolgenden Transskription sind die in P. Grad. lin. 15 bis 22 erhaltenen Stellen durch Unterstreichen kenntlich gemacht.

Der Text lautet:

[Βασιλεύοντος Πτολεμαίου τοῦ Πτολεμαίου καὶ]
Ἀρσινόης θεῶν Ἀδελφῶν L *κα ἐφ' ἱερέως Γαλέστου]*
τοῦ Φιλισ[τίωνος Ἀλεξάνδρου καὶ θεῶν Ἀδελφῶν καὶ]
θεῶν Εὐεργετῶν κα[νηφόρου Ἀρσινόης Φιλαδέλφου]
5 *Βερενίκης τῆς Σωσι[πόλιος μηνὸς Παῦνι κ]*
ἐν κώμηι Θμοινέπτ[ει · ὁμολογεῖ Ἡρακλεόδωρος]
Ἡρακλεοδώρου Πέ[ρσης τῆς ἐπιγονῆς]
Κλειτάρχωι τραπε[ζίτηι τοῦ] Κω[ίτου ἐγγεγυ]-
ᾶσθαι παραμονῆς [Σεμθέα] Τεῶτος ὃς καὶ
10 *Ἡρακλεόδωρος καλ[εῖται ἐν]χειρίσαντα*
τὴν τράπεζαν το[ῦ Κωίτου] ἐφ' ὧι παρέ-
ξομα[ι] αὐτὸν ἐμ[φανῆ ἔξω ἱ]εροῦ καὶ βωμοῦ
καὶ [τε]μένους κα[ὶ σκέπης] πάσης ἕως
μεσορὴ τοῦ κα ἔτο[υς καὶ κα]ταστήσειν
15 *ἀφ' ἧς ἂν ἡμέρ[ας προεί]πῃ ἐν ἡμέραις*
πέντε· ἐὰν δ[ὲ μὴ ποι]ῇ καθότι
προγέγραπτ[αι, ἀποδό]τω τὸ ἐπικλη-
θέν· παρελθόν[τος δὲ το]ῦ χρόνου ἀπο-
λέλυμαι τῆ[ς ἐγγύης] καὶ ἡ πρ[ᾶ]ξις
20 *ἔστω ἐκ τοῦ [ἐγγύου] . . . .*
πάντων . . [. . . . π]ρ[ὸ]ς βασιλ[ικ]ά.

Zum Tatbestand der Urkunde ist nicht viel zu bemerken; die Frankfurter Fragmente bestätigen im wesentlichen die Ausführungen Plaumanns in der Einleitung zu P. Grad. 3. Es handelt sich um eine Bürgschaft, die ein Privatmann dem aus den Hibeh-Papyri bereits bekannten Trapeziten Klitarchos gegenüber für die *παραμονή* eines Semtheus, der als *ἐνχειρίσας τὴν τράπεζαν* bezeichnet wird, übernimmt. Die Ähnlichkeit dieser *ἐγγύη* mit den Gestellungsbürgschaften für die Liturgen der Kaiserzeit hat schon Partsch[1]) hervorgehoben und mit Recht davor gewarnt, aus dem gelegentlichen Vorkommen derartiger Bürgschaften in der Ptolemäerzeit Schlüsse auf Alter und Herkunft der Liturgenbürgschaft zu ziehen. M. E. ist es sehr wenig wahrscheinlich, daß im vorliegenden Fall überhaupt eine bei Amtsantritt übernommene Bürgschaft für getreue Amtsführung in Frage steht. Gegen eine solche Interpretation spricht zwar nicht notwendig die Wendung *ἐνχειρίσας τὴν τράπεζαν* — der Aorist könnte hier ja statt des Futurum stehen, wie auch in dem Eid des gleichen Semtheus, der in P. Grad. 4 erhalten ist, cf. daselbst lin. 7 — wohl aber der Umstand, daß die Bürgschaft nur für die Zeitdauer von zwei Monaten übernommen wird. Auch legt der Gebrauch des Wortes *ἐπικαλεῖν* in lin. 17, 18 die Vermutung nahe, daß bereits Ansprüche gegen den S. erhoben worden sind. So werden es, wie in dem demotischen Pap. Lille 1 besondere Umstände sein, die zu der Verbürgung Veranlassung gegeben haben. Das Fragment einer zweiten *ἐγγύη*, die für denselben Semtheus ebenfalls gegenüber dem Klitarchos übernommen wird, fand ich in dem unedierten P. Grad. Inv. Nr. 189.

Im einzelnen ist zu dem Text zu bemerken:

lin. 4. Das *ν* in *Εὐεργετῶν* ist unvollständig; es fehlt der nach oben führende Endstrich. Derselbe steht offenbar auf P. Grad. 3 l. 18, cf. auch die Reproduktion Tafel I. Damit dürfte die Zusammengehörigkeit der beiden Stücke gesichert sein.

---

[1]) Sethe-Partsch, Demotische Bürgschaftsurkunden S. 671, 672.

lin. 8. Das ω in Κω[ίτου ist unvollständig. Der Rest des Buchstabens steht offenbar auf P. Grad. 3 l. 22.

lin. 9. παραμονῆς bestätigt Schubarts Vermutung zu P. Grad. 3 l. 8. Zur ἐγγύη παραμονῆς cf. P. Hib. 41 und 93. Ein ἔγγυος παραμονῆς wohl auch in Rev. Law Frag. 6a l. 11 (p. 73).

lin. 10. ἐνχειρίζειν bedeutet hier nicht „einhändigen", sondern steht gleich χειρίζειν (administrare); ebenso in dem kürzlich von Wessely edierten Pap. Textus graeci Nr. 9 l. 24. Genau die gleiche Wendung in P. Grad. Inv. Nr. 189 lin. 6, 7: ἐ]νχειρίσαντα τὴν τρά|[πεζαν τοῦ Κωί]του.

lin. 14. Ich ergänze κα]ταστήσειν statt des vielleicht auch möglichen πα]ραστήσειν auf Grund des genannten P. Grad. Inv. Nr. 189 l. 10, wo καταστήσειν deutlich.

lin. 17. 18. ἐπικληθέν cf. ἀποδιδόναι τὰ ἐπικαλούμενα in P. Petr. II Nr. 32 (1) lin. 37. 38 (p. 108).

lin. 18. 19. ἀπολέλυμαι fällt aus der Konstruktion. Man erwartet etwa ἀπολυθήσεται.

lin. 20. Von der Schrift sind auf der rechten Hälfte der lin. 20 nur ganz schwache Spuren wahrnehmbar.

lin. 21. πάντων zweifelhaft. Dagegen glaube ich die Lesung am Schluß, obwohl die Schrift stark verblaßt ist, als sicher bezeichnen zu dürfen.

II.

Ein äußerlich sehr unscheinbares Stück ist P. Frankf. Inv. Nr. 20, ein kleines (6 × 4 cm), oben, rechts und unten abgerissenes Fragment von acht mehr oder weniger zerstörten Zeilen.[1]) Die Schrift ist eine kleine Kursive des dritten vorchristlichen Jahrhunderts. Die Entzifferung ergab:

. . ετης τοῦ Παυ . . .[
τ . . υχεη . . στου . [κει]

---

[1]) Zu der gleichen Urkunde gehört möglicherweise ein zweites Fragment, das die Reste zweier Zeilen von je 7 Buchstaben umfaßt. In der zweiten Zeile steht deutlich ἀ]ποχῆς. Ich sehe im folgenden von diesem Fragment ab.

μένην παρὰ συγγραφ[ο]φύ[λακι
σαι τὸν σῖτον τοῦτον εἰς τὰ [εἰσ-]
5 πραχθῇ Πετοσεῖρις τὸν σῖ[τον
τι κώλυμα [γέν]ηται τοῦ μ[
ευκλ[. . . . .] σειριτιμ[
ειστ[

lin. 1. Oberhalb der lin. 1 unbedeutende Buchstabenreste der vorhergehenden Zeile.

lin. 3. Πετο]σεῖρι? Dahinter wohl τιμ[ήν]. Am Anfang der Zeile m. E. Personenname.

Daß das Wort κώλυμα in lin. 6 die Ergänzung βασιλικὸν κώλυμα nahelegt und damit einen Zusammenhang des Textes mit einem Pachtvertrag vermuten läßt, bedarf kaum der Begründung. Dieser Zusammenhang kann indessen wohl noch näher bestimmt werden. Ein noch unveröffentlichter Papyrus der Sammlung Gradenwitz, den ich mit freundlicher Erlaubnis des Besitzers hier vorlegen darf, gibt m. E. die Möglichkeit, den rechtlichen Charakter des obigen Fragments mit hoher Wahrscheinlichkeit festzustellen.

P. Grad. Inv. Nr. 171 (16 × 11½ cm) vom Jahre 216/5 ist leider ziemlich defekt. Es fehlen in der Mitte und in den letzten Zeilen wesentliche Stücke, auch ist die Oberschicht des Papyrus an mehreren Stellen abgesprungen. Trotzdem läßt sich der Text so weit herstellen, daß es möglich ist, den Inhalt der Urkunde mit Sicherheit zu erkennen.

Der Papyrus hat folgenden Wortlaut[1]):

Βασιλ[εύο]ντος Πτολεμαίου τοῦ Πτολεμαίου καὶ Βερενίκης
[θ]εῶν Εὐεργετῶν ἔτους
ἑβδ[όμο]υ ἐφ' ἱερέως Ἀγαθοκλέο[υς] τοῦ Ἀγαθοκλέους Ἀλε-
ξ[άν]δρου καὶ θεῶν
Ἀδ[ελφ]ῶν καὶ θεῶν Εὐεργετῶν καὶ [θ]εῶν Φιλοπατόρων
[καν]ηφόρ[ου] Ἀρ[σι]νόης
Φιλ[α]δέλφου Φιλησοῦς τῆς Δ[η]μητρίου μ[ηνὸς] Αὐδναίου
ἐν Θώλθ[ει τοῦ Ὀ]ξυ>

[1]) Auch dieses Mal bin ich Herrn Prof. Schubart zu herzlichstem Dank verpflichtet für die Nachprüfung meiner Transkription, die er auf meine Bitte an Hand einer Photographie des Papyrus vornahm.

lin. 8. Das ω in Κω[ίτου ist unvollständig. Der Rest des Buchstabens steht offenbar auf P. Grad. 3 l. 22.

lin. 9. παραμονῆς bestätigt Schubarts Vermutung zu P. Grad. 3 l. 8. Zur ἐγγύη παραμονῆς cf. P. Hib. 41 und 93. Ein ἔγγυος παραμονῆς wohl auch in Rev. Law Frag. 6a l. 11 (p. 73).

lin. 10. ἐνχειρίζειν bedeutet hier nicht „einhändigen", sondern steht gleich χειρίζειν (administrare); ebenso in dem kürzlich von Wessely edierten Pap. Textus graeci Nr. 9 l. 24. Genau die gleiche Wendung in P. Grad. Inv. Nr. 189 lin. 6, 7: ἐ]νχειρίσαντα τὴν τρά | [πεζαν τοῦ Κωί]του.

lin. 14. Ich ergänze κα]ταστήσειν statt des vielleicht auch möglichen πα]ραστήσειν auf Grund des genannten P. Grad. Inv. Nr. 189 l. 10, wo καταστήσειν deutlich.

lin. 17. 18. ἐπικληθέν cf. ἀποδιδόναι τὰ ἐπικαλούμενα in P. Petr. II Nr. 32 (1) lin. 37. 38 (p. 108).

lin. 18. 19. ἀπολέλυμαι fällt aus der Konstruktion. Man erwartet etwa ἀπολυθήσεται.

lin. 20. Von der Schrift sind auf der rechten Hälfte der lin. 20 nur ganz schwache Spuren wahrnehmbar.

lin. 21. πάντων zweifelhaft. Dagegen glaube ich die Lesung am Schluß, obwohl die Schrift stark verblaßt ist, als sicher bezeichnen zu dürfen.

II.

Ein äußerlich sehr unscheinbares Stück ist P. Frankf. Inv. Nr. 20, ein kleines (6 × 4 cm), oben, rechts und unten abgerissenes Fragment von acht mehr oder weniger zerstörten Zeilen.[1]) Die Schrift ist eine kleine Kursive des dritten vorchristlichen Jahrhunderts. Die Entzifferung ergab:

. . ετης τοῦ Παυ . . .[

τ . . υχεη . . στου . [κει]

[1]) Zu der gleichen Urkunde gehört möglicherweise ein zweites Fragment, das die Reste zweier Zeilen von je 7 Buchstaben umfaßt. In der zweiten Zeile steht deutlich ἀ]ποχῆς. Ich sehe im folgenden von diesem Fragment ab.

μένην παρὰ συγγραφ[ο]φύ[λακι
σαι τὸν σῖτον τοῦτον εἰς τὰ [εἰσ-]
5 πραχθῇ Πετοσεῖρις τὸν σῖ[τον
τι κώλυμα [γέν]ηται τοῦ μ[
ευκλ[. . . . .] σειριτιμ[
ειο[

lin. 1. Oberhalb der lin. 1 unbedeutende Buchstabenreste der vorhergehenden Zeile.

lin. 3. Πετο]σεῖρι? Dahinter wohl τιμ[ήν]. Am Anfang der Zeile m. E. Personenname.

Daß das Wort κώλυμα in lin. 6 die Ergänzung βασιλικὸν κώλυμα nahelegt und damit einen Zusammenhang des Textes mit einem Pachtvertrag vermuten läßt, bedarf kaum der Begründung. Dieser Zusammenhang kann indessen wohl noch näher bestimmt werden. Ein noch unveröffentlichter Papyrus der Sammlung Gradenwitz, den ich mit freundlicher Erlaubnis des Besitzers hier vorlegen darf, gibt m. E. die Möglichkeit, den rechtlichen Charakter des obigen Fragments mit hoher Wahrscheinlichkeit festzustellen.

P. Grad. Inv. Nr. 171 (16 × 11½ cm) vom Jahre 216/5 ist leider ziemlich defekt. Es fehlen in der Mitte und in den letzten Zeilen wesentliche Stücke, auch ist die Oberschicht des Papyrus an mehreren Stellen abgesprungen. Trotzdem läßt sich der Text so weit herstellen, daß es möglich ist, den Inhalt der Urkunde mit Sicherheit zu erkennen.

Der Papyrus hat folgenden Wortlaut[1]):

Βασιλ[εύο]ντος Πτολεμαίου τοῦ Πτολεμαίου καὶ Βερενίκης [θ]εῶν Εὐεργετῶν ἔτους
ἑβδ[όμο]υ ἐφ' ἱερέως Ἀγαθοκλέο[υς] τοῦ Ἀγαθοκλέους Ἀλε- ξ[άν]δρου καὶ θεῶν
Ἀδ[ελφ]ῶν καὶ θεῶν Εὐεργετῶν καὶ [θ]εῶν Φιλοπατόρων [καν]ηφόρ[ου] Ἀρ[σι]νόης
Φιλ[α]δέλφου Φιλησοῦς τῆς Δ[η]μητρίου μ[ηνὸς] Ἀυδναίου ἐν Θώλθ[ει τοῦ Ὀ]ξυ-

[1]) Auch dieses Mal bin ich Herrn Prof. Schubart zu herzlichstem Dank verpflichtet für die Nachprüfung meiner Transkription, die er auf meine Bitte an Hand einer Photographie des Papyrus vornahm.

lin. 8. Das *ω* in *Κω[ίτου* ist unvollständig. Der Rest des Buchstabens steht offenbar auf P. Grad. 3 l. 22.

lin. 9. *παραμονῆς* bestätigt Schubarts Vermutung zu P. Grad. 3 l. 8. Zur *ἐγγύη παραμονῆς* cf. P. Hib. 41 und 93. Ein *ἔγγυος παραμονῆς* wohl auch in Rev. Law Frag. 6a l. 11 (p. 73).

lin. 10. *ἐνχειρίζειν* bedeutet hier nicht „einhändigen", sondern steht gleich *χειρίζειν* (administrare); ebenso in dem kürzlich von Wessely edierten Pap. Textus graeci Nr. 9 l. 24. Genau die gleiche Wendung in P. Grad. Inv. Nr. 189 lin. 6, 7: *ἐ]νχειρίσαντα τὴν τρά*|*[πεζαν τοῦ Κωί]του.*

lin. 14. Ich ergänze *κα]ταστήσειν* statt des vielleicht auch möglichen *πα]ραστήσειν* auf Grund des genannten P. Grad. Inv. Nr. 189 l. 10, wo *καταστήσειν* deutlich.

lin. 17. 18. *ἐπικληθέν* cf. *ἀποδιδόναι τὰ ἐπικαλούμενα* in P. Petr. II Nr. 32 (1) lin. 37. 38 (p. 108).

lin. 18. 19. *ἀπολέλυμαι* fällt aus der Konstruktion. Man erwartet etwa *ἀπολυθήσεται.*

lin. 20. Von der Schrift sind auf der rechten Hälfte der lin. 20 nur ganz schwache Spuren wahrnehmbar.

lin. 21. *πάντων* zweifelhaft. Dagegen glaube ich die Lesung am Schluß, obwohl die Schrift stark verblaßt ist, als sicher bezeichnen zu dürfen.

II.

Ein äußerlich sehr unscheinbares Stück ist P. Frankf. Inv. Nr. 20, ein kleines (6 × 4 cm), oben, rechts und unten abgerissenes Fragment von acht mehr oder weniger zerstörten Zeilen.[1]) Die Schrift ist eine kleine Kursive des dritten vorchristlichen Jahrhunderts. Die Entzifferung ergab:

. . *ετης τοῦ Παυ* . . .[

τ . . *υχεη* . . *στου* . [*κει*]

[1]) Zu der gleichen Urkunde gehört möglicherweise ein zweites Fragment, das die Reste zweier Zeilen von je 7 Buchstaben umfaßt. In der zweiten Zeile steht deutlich *ἀ]ποχῆς*. Ich sehe im folgenden von diesem Fragment ab.



μένην παρὰ συγγραφ[ο]φύ[λακι
σαι τὸν σῖτον τοῦτον εἰς τὰ [εἰσ-]
5 πραχθῇ Πετοσεῖρις τὸν σῖ[τον
τι κώλυμα [γέν]ηται τοῦ μ[
ευκλ[. . . . .] σειριτιμ[
ειρ[

lin. 1. Oberhalb der lin. 1 unbedeutende Buchstabenreste der vorhergehenden Zeile.

lin. 3. *Πετο*]*σεῖρι*? Dahinter wohl *τιμ*[*ήν*]. Am Anfang der Zeile m. E. Personenname.

Daß das Wort *κώλυμα* in lin. 6 die Ergänzung *βασιλικὸν κώλυμα* nahelegt und damit einen Zusammenhang des Textes mit einem Pachtvertrag vermuten läßt, bedarf kaum der Begründung. Dieser Zusammenhang kann indessen wohl noch näher bestimmt werden. Ein noch unveröffentlichter Papyrus der Sammlung Gradenwitz, den ich mit freundlicher Erlaubnis des Besitzers hier vorlegen darf, gibt m. E. die Möglichkeit, den rechtlichen Charakter des obigen Fragments mit hoher Wahrscheinlichkeit festzustellen.

P. Grad. Inv. Nr. 171 ($16 \times 11^1/_2$ cm) vom Jahre 216/5 ist leider ziemlich defekt. Es fehlen in der Mitte und in den letzten Zeilen wesentliche Stücke, auch ist die Oberschicht des Papyrus an mehreren Stellen abgesprungen. Trotzdem läßt sich der Text so weit herstellen, daß es möglich ist, den Inhalt der Urkunde mit Sicherheit zu erkennen.

Der Papyrus hat folgenden Wortlaut[1]):

Βασιλ[εύο]ντος Πτολεμαίου τοῦ Πτολεμαίου καὶ Βερενίκης [θ]εῶν Εὐεργετῶν ἔτους
ἑβδ[όμο]υ ἐφ' ἱερέως Ἀγαθοκλέο[υς] τοῦ Ἀγαθοκλέους Ἀλε-ξ[άν]δρου καὶ θεῶν
Ἀδ[ελφ]ῶν καὶ θεῶν Εὐεργετῶν καὶ [θ]εῶν Φιλοπατόρων [καν]ηφόρ[ου] Ἀρ[σι]νόης
Φιλ[α]δέλφου Φιλησοῦς τῆς Δ[η]μητρίου μ[ηνὸς] Ἀυδναίου ἐν Θώλθ[ει τοῦ Ὀ]ξυ-

[1]) Auch dieses Mal bin ich Herrn Prof. Schubart zu herzlichstem Dank verpflichtet für die Nachprüfung meiner Transkription, die er auf meine Bitte an Hand einer Photographie des Papyrus vornahm.

5 ρυνχίτου νομοῦ. Ὁμολογεῖ . . . . [. . . .] τῶν Φίλωνος ἰδι[ώ]της
ἀ[πέ]χειν παρὰ [Στά]χυος τ[οῦ Θ]εοκλέ[ους Κορινθίου κ]αὶ Φιλοξένου τοῦ Δη-
[μ]ητρίου [ ]μενης
[α]ὐτοῖς εκα[τοῦ ὀγδόου] ἔτους καὶ τοῦ
ἐνάτου ἔτους πυρ[ῶ]ν ἀρ[τάβας x κ]ατὰ τὴν συγγρα-
10 φὴν τῆς μισθώσεως τὴ[ν κει]μέ[νην] παρὰ [συγγρ]αφοφύλακι . . . .
νι [. . . . .] . τηι των [. . .] . . . . την . . . . καὶ μὴ ἐξέστω
. ε [. . . . . ἐπε]λθεῖν ἐπὶ Σ[τάχυ]ν καὶ Φιλόξενον περὶ τῶν ἐκφορί-
ων τοῦ ὀγδόου ἔτους καὶ τοῦ [ἐνά]του ἔτους παρευρέσει ἡιτινιοῦν· ἐ-
ὰν δὲ ἐπέλθῃ ἢ εἰσπραχ[θῶσι]ν Στάχυς ἢ Φιλόξενος τὸν σῖτον τοῦτον
15 ὑπ' Ἀρείου ἢ ὑπ' ἄλλου τινὸ[ς καθ'] ὁντινιο[ῦ]ν τρόπον ἢ βασιλικόν τι κώ-
λυ[μα γ]ένηται τοῦ μὴ [προσ]δεχθῆναι Στάχυι καὶ Φιλοξένωι τὸν
σῖ[τον τοῦτον], ἀποτει[σάτω Ἄρειο]ς Στ[ά]χυι καὶ Φιλοξέ-[ν]ωι τιμὴν
[τῆς ἀρτάβης ἑκάστης τῶν πυρῶν δραχμὰς x]π[. .]- . ση μὴ προσ-
[καὶ ἡ πρᾶξις ἔ]στω Στάχυι καὶ
20 [Φιλοξένωι παρὰ Ἀρείου πράσσουσι κατὰ τὸ διάγρα]μ-μα. Ἡ δὲ συγγραφ[ὴ]
[ἥδε κυρία ἔστω οὗ ἂν ἐπιφέρηται· μάρτυρες.]

Zur Lesung ist zu bemerken:

lin. 5. Hinter *ὁμολογεῖ* Name des Verpächters und Ethnikon. Der Name ergibt sich aus lin. 15 a. A. Ich vermag indessen *Ἄρειος* hier in lin. 5 nicht zu erkennen.

lin. 6. Die Ergänzung *Θ]εοκλέ[ους Κορινθίου* beruht auf P. Frankf. 4 lin. 8.

lin. 7. 8. Dem Sinne nach möchte ich rekonstruieren: *εἰς τὰ ἐκφόρια τῆς γῆς τῆς μεμισθω]μένης | αὐτοῖς ἑκά-[στωι κατὰ τὸ ἥμισυ μέρος εἰς τὸν σπόρον τοῦ ὀγδόου] ἔτους.*

lin. 10. 11. Hinter *συγγραφοφύλακι* wohl der Name.

lin. 11. *καὶ* sehr unsicher, cf. zu lin. 12.

lin. 12. Vom ersten Buchstaben der Zeile ist ein Rest erhalten, der m. E. zu einem *δ* paßt. Also vielleicht: *Μὴ ἐξέστω δὲ [Ἀρείωι]*, cf. P. Eleph. 3 lin. 3; 4 lin. 3.

Die Lesung *περὶ τῶν ἐκφορί|ων* ist sehr unsicher, doch werden diese Worte m. E. durch den Zusammenhang erfordert.

lin. 16. *προσ]δεχθῆναι* las Schubart, der die Lesung als so gut wie sicher bezeichnet.

lin. 18. *προσ* am Ende der Zeile ergänzt Schubart zu *προσ|[δεόμενος* oder *προσ|[δεομένοις* unter Berufung auf BGU. IV 1127 lin. 36. 37; 1129 lin. 27; 1158 lin. 15. Das drittletzte Wort könnte nach Schubart vielleicht *πρ[ά]σσῃ* gelesen werden, wobei jedoch der grammatische Zusammenhang unklar bleibt.

Daß der P. Frankf. Inv. Nr. 20, von dem wir ausgingen, derselben Urkundenkategorie angehört wie der vorstehende Pap. Grad., ergibt ein einfacher Vergleich beider Texte. Die Übereinstimmung der beiden Urkunden (Hinweis auf die beim *συγγραφοφύλαξ* in Verwahrung befindliche *συγγραφή*, *εἰσπραχθῇ* resp. *εἰσπραχθῶσι*, *βασιλικὸν κώλυμα*) ist eine so auffallende, daß an eine zufällige Koinzidenz kaum gedacht werden kann; sie wird vielmehr als typische, demselben Formular entsprechende Stilisierung zu erklären sein. Die Zeilenlänge des Frankfurter Papyrus läßt sich dann auf Grund der lin. 5. 6 an der Hand des P. Grad. lin. 14. 15 annähernd bestimmen.

Beide Urkunden sind, wie der Inhalt des P. Grad. mit Sicherheit zeigt, dem aus dem gleichen Jahr und dem gleichen Ort wie der zuletzt genannte Text stammenden P. Hamb. 26 zur Seite zu stellen: wie dieser sind sie Zeugenurkunden und enthalten Quittungen über pränumerando geleisteten

Pachtzins. Das Moment der Vorauszahlung des *ἐκφόριον* dürfte die Eigenart dieser drei Quittungen ausmachen und die Erklärung dafür geben, daß sich diese Urkunden in ihrer Stilisierung wesentlich von den Pachtzinsquittungen abheben, wie sie in den von Waszynski, Bodenpacht S. 96 angeführten Texten[1]) und in P. Hib. 99—101 sowie in PSI. IV 390 vorliegen. Die in lin. 13—20 des Pap. Grad. leider auch nicht lückenlos erhaltene Klausel, die in P. Frankf. sicher (cf. lin. 5. 6) wiederkehrt und die auch in P. Hamb. 26 (arg. lin. 1. 2) vermutet werden darf, dient dem Schutz der Pächter. Für den Fall, daß der Verpächter den geleisteten Pachtzins nochmals beansprucht oder daß die Pächter in die Lage kommen, das *ἐκφόριον* nochmals leisten zu müssen, soll der Verpächter eine bestimmte Geldsumme pro Artabe des empfangenen Pachtzinses an die Pächter zahlen[2]), denen die *πρᾶξις κατὰ τὸ διάγραμμα* gegen den Verpächter eingeräumt wird. Interessant ist hierbei insbesondere die Erwähnung des *βασιλικὸν κώλυμα*. Soweit die Pachtkontrakte auf den Fall des *βασιλικὸν κώλυμα* Bezug nehmen[3]), geschieht dies im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Verpächters zur Zahlung eines *ἐπίτιμον* bei mangelnder *βεβαίωσις*. Diese Verpflichtung soll bei *β. κ.* entfallen. Nur P. Frankf. 1 und P. Hib. 91 legen außerdem dem Verpächter für den Fall eines *β. κ.* Verpflichtungen auf: P. Frankf. die zur Rückzahlung des in Geld bestehenden *πρόδομα*, P. Hib. die zur Rückgabe des in Naturalien bestehenden *ἐκφόριον*, das offenbar pränumerando geleistet ist. In beiden Urkunden wird für den Fall der Nichterfüllung dieser Verpflichtung eine Vertragsstrafe stipuliert, die in P. Hib. 91 in der Zahlung einer bestimmten Geldsumme pro Artabe besteht. Die Leistung einer solchen *τιμή* wird in unseren Quittungen vom Verpächter zugesagt[4]), falls

---

[1]) Wilcken, Ostraka Nr. 1024, 1027, 1237, 1262. P. Amh. 55.

[2]) Diese Ergänzung der l. 18 darf wohl als sicher betrachtet werden. Über den Inhalt des darauf Folgenden (l. 18 a. E. und l. 19) wage ich keine Vermutung.

[3]) P. Hib. 90; 91; Petr. II Nr. 44; Frankf. 1; 2; P. Berol. Inv. Nr. 11768 A l. 36 (cf. P. Frankf. p. 12 A. 1).

[4]) P. Grad. Inv. Nr. 171 l. 17f.; P. Frankf. Inv. Nr. 20 l. 7; cf. die Vorbemerkung zu P. Hamb. 26.

infolge des β. κ. der gelieferte Pachtzins den Pächtern nicht in Anrechnung gebracht wird (τοῦ μὴ προσδεχθῆναι τὸν σῖτον, cf. PSI. IV 390 lin. 5. 6, wo wohl Teilleistung in Frage steht). Wieso dies möglich ist, läßt sich nur vermuten. Wie Wilcken[1]) gezeigt hat, ergeben die P. Petr. III Nr. 104 bis 106, daß bei Konfiskation des κλῆρος während laufender Pacht der König in die Rechte des früheren Inhabers des Grundstücks eintritt und daß der Pachtzins alsdann εἰς τὸ βασιλικὸν zu zahlen ist. Die obige Bestimmung unserer Quittungen wird daher möglicherweise besagen, daß bei Einziehung des verpachteten κλῆρος die Vorausverfügung über den Pachtzins nicht anerkannt zu werden brauchte, so daß der Pächter riskierte, das ἐκφόριον noch einmal liefern zu müssen.

Die beiden hier edierten Quittungen ergeben endlich für P. Hamb. 26 lin. 15. 16 naheliegende Ergänzungen. Für eine Zusage der βεβαίωσις, wie sie der Editor der letztgenannten Urkunde in lin. 16 vermutet, scheint mir nach den beiden Parallelstücken auch in dem Hamburger Text kein Raum zu sein.

---

[1]) Chrest., Einleitung zu Nr. 334; cf. auch Nr. 335 (P. Lille 4) zu l. 10.

VIII.

Zu den Edikten.

Von

Herrn Professor Dr. **Ulrich Wilcken**
in Berlin.

Wenn ich mir auch als Nichtjurist hier wie Saul unter den Propheten vorkommen muß, habe ich doch die durch die ehrenvolle Aufforderung des Herrn Herausgebers mir gebotene Gelegenheit gern ergriffen, durch Einsendung eines Beitrages zu diesem Bande meiner Verehrung für Otto Lenel Ausdruck zu geben. Die Verknüpfung dieses Namens mit dem Begriff des *edictum perpetuum* brachte mich auf den Gedanken, hier einige anspruchslose Beobachtungen über das ägyptische Statthalteredikt vorzulegen, die sich mir vor einiger Zeit bei gelegentlichen typologischen Untersuchungen über die antiken Urkunden ergeben hatten.[1]) Eine interessante neuere Erwerbung des Berliner Museums, deren Publikation mir von der Verwaltung für diesen Zweck freigestellt wurde, bestärkte mich in der Wahl dieses Themas, zumal sich jene Beobachtungen zwanglos an diese anschließen lassen. Bemerkungen über ein Kaiseredikt mögen den Abschluß bilden.

1.

Es sind jetzt gerade hundert Jahre her, daß von dem Edikt des Tiberius Julius Alexander, das Cailliaud im Jahre 1818 auf dem Pylon des Tempels in der Oase el-Chargeh entdeckt hatte, die ersten Mitteilungen in die Öffentlichkeit gelangten.[2]) Nachdem im 19. Jahrhundert die Bearbeitungen des Textes, unter denen außer der Letronnes (Oeuvres choisies I 2 S. 539ff.) namentlich die

[1]) Über die Ergebnisse für die Kaiserreskripte vgl. Hermes 55, 1ff.
[2]) Durch Letronne und Salt 1821.

des Juristen **Rudorff** hervorzuheben ist (Rhein. Mus. II 1828, 64ff. 133ff.), sich nur auf **Kopien** hatten stützen können, war es ein großer Fortschritt, daß es im Jahre 1900 dem damaligen Direktor der Bibliothèque Khédiviale, Professor **Moritz**, gelang, zum ersten Male durch Photographierung der Rieseninschrift der Forderung der modernen Epigraphik nach einer mechanischen Reproduktion zu genügen.[1]) Die Ergebnisse für die Textgestaltung teilte **Friedrich v. Bissing** mit[2]), und hierauf geht die Ausgabe von **Dittenberger**, Or. Gr. II 669 zurück. Nun ist durch die Ausgrabungen **Zuckers** im Faijûm in Barb-Gerze (Philadelphia) von 1908/9 ein Papyrus (P. 11601) in den Besitz des Berliner Museums gekommen, der, wie W. **Schubart** erkannte, eine Abschrift dieses denkwürdigen Textes enthält. Leider bietet das Fragment nur den Anfang des Edikts, der uns auf dem Stein bereits gut erhalten ist (Z. 3—14), und nicht den Schluß, der dort stark lädiert ist und dessen Verständnis noch sehr im argen liegt. Aber wenn der Gewinn des Papyrus für den Text auch nur ein minimaler ist und er im wesentlichen nur die Zuverlässigkeit der Steininschrift bestätigt, verdient diese Papyrusabschrift doch, hier in extenso abgedruckt zu werden. Der Text lautet nach meiner Abschrift vom Original folgendermaßen[3]):

['Αντίγραφον] ἐκθέματος. Τιβέριος Ἰούλιος Ἀ̣[λέξανδρος λέγει·]
[Πᾶσαν πρό]ν̣οιαν ποιούμενος τοῦ δια̣[μένειν τῷ̣]
[προσήκο]ν̣τι καταστήματι τὴν π̣ό̣[λιν ἀπολαύου-]
[σαν τῶν εὐ]ε̣ργεσιῶν, ἃς ἔχει παρὰ τῶ[ν Σεβαστῶν καὶ]
5 *[τοῦ τὴν Αἴγ]υπτον ἐν εὐσταθείᾳ διά̣[γουσαν εὐθύμως]*
[ὑπηρετεῖν] τ̣ῇ̣ τε εὐθηνίᾳ καὶ τῇ με[γίστῃ τῶν νῦν]
[καιρῶν ε]ὐ̣δαιμονίᾳ μὴ βαρυνομέν̣[ην καιναῖς καὶ ἀδί-]

---

[1]) Eine Probe dieser Photographien bei A. **Deißmann**, Licht vom Osten, 2. Aufl., S. 270.

[2]) Communication faite à l'institut égyptien, 11. Janv. 1901. Vgl. Archiv f. Pap. II 171.

[3]) Höhe 27 cm, Breite zwischen 6 und 10 cm. Oben und unten freier Rand. Schrift auf Rekto, parallel der Paginabreite. Hie und da kann man schwanken, wie der verlorene Text rechts und links in die Lücken zu verteilen ist.

[κοις εἰσ]πράξεσι, σχεδὸν δὲ ἐξ [ο]ὗ [τῆς πόλεως]
[ἐπέβην κ]αταβοώμενος ὑπὸ τῶν [ἐντυγχανόντων]
10 [καὶ κατ' ὀ]λίγον καὶ κατὰ πλήθηι τῶ[ν τε ἐνθάδε εὐσχη-]
[μονεστ]άτων καὶ τῶν γεωργού[ντων τὴν χώραν]
[μεμφομέ]νων τὰς ἔνγιστα γενομ[ένας ἐπηρείας, οὐ]
[διέλιπο]ν μὲν κατὰ τὴν ἐμαυτο[ῦ δύναμιν τὰ ἐ-]
[πείγοντα] ἐπανορθούμενος. Ἵνα [δὲ εὐθυμότεροι]
15 [πάντα ἐλ]πίζητε παρὰ τοῦ ἐπιλάμ[ψαντος ἡμῖν ἐπὶ]
[σωτη]ρίᾳ τοῦ παντὸς ἀνθρώπω[ν γένους εὐεργέ-]
[του Σ]εβαστοῦ Αὐτοκράτορος Γάλ[βα τά τε πρὸς σω-]
[τηρίαν] καὶ τὰ πρὸς ἀπόλαυσιν κ[αὶ γινώσκητε, ὅτι]
[ἐφρόν]τισα τῶν πρὸς τὴν ὑμ[ετέραν βοήθειαν]
20 [ἀνηκόν]των προέγραψα ἀν[αγκαίως περὶ ἑ-]
[κάστου τῶ]ν ἐπιζητουμένων, ὅ[σα ἔξεστί μοι]
[κρίνειν καὶ π]οιεῖν, τὰ δὲ μείζον[α καὶ δεόμενα]
[τῆς τοῦ αὐτοκρ]άτορος δυνάμεως [καὶ μεγαλειότη-]
[τος αὐτ]ῶι δηλώσωι μετὰ πάσ[ης ἀληθείας,]
25 [τῶν θε]ῶν ταμιευσαμένων εἰς [τοῦτον τὸν ἱε-]
[ρώτ]ατον καιρὸν τὴν τῆς οἰκουμέ[νης ἀσφάλειαν. Ἔγ-]
[νων] γὰρ πρὸ πάντων εὐλογωτάτη[ν οὖσαν τὴν ἔν-]
[τευ]ξιν ὑμῶν ὑπὲρ τοῦ μὴ ἄκον[τας ἀνθρώπους εἰς]
[τε]λωνείας ἢ ἄλλας μισθώσεις οὐ[σιακὰς παρὰ τὸ]
30 [κοιν]ὸν ἔθος τῶν ἐπάρχων πρὸς βία[ν ἄγεσθαι καὶ ὅ-]
[τι οὐ]κ ὀλίγον ἔβλαψε τὰ πράγματα τ[ὸ πολλοὺς ἀπείρους ὄν-]
[τας] τῆς τοιαύτης πραγμ[α]τείας ἀχ[θῆναι μετὰ]
[ἀ]νάγκ[η]ς [ἐ]πιβληθέντων αὐ[τ]οῖς τῶ[ν τελῶν. Διό-]
περ καὶ αὐτὸς οὔτε ἤγαγ[ό]ν τινα εἰς τε[λωνείαν ἢ μίσθω-]
35 σιν οὔτε ἄξωι εἰδὼς τοῦτο συμ[φέρ]ει[ν καὶ ταῖς κυ-]
ριακαῖς ψήφοις τὸ μ[ετὰ] προθ[υμίας ἑκόντας πρα-]
γματεύεσθαι τοὺς δυνατούς. [Πέπεισμαι δὲ ὅτι οὐδ' εἰς]

---

8 vor σχεδὸν ein Spatium 10 ὀλίγους Inschr. 12 ἔγγιστα Inschr. 14 vor Ἵνα ein kleines Spatium 18 hinter ἀπόλαυσιν ein kleines Spatium 27 für γνων würde kein Platz sein. παντὸς Inschr. 30 ἐπαρχειῶν Inschr. 31 ολ . . ω . Inschr., ὀλ[ίγ]ωι Caill. Ditt. ὀλ[ίγ]ω[ς] Letronne[1], Rudorff, v. Bissing, ὀλίγ[ον] Letronne[2] 32 μετ' Inschr. Da die Worttrennung μετ' am Zeilenschluß ungewöhnlich wäre, vermute ich μετὰ 37 hinter δυνατούς ein Spatium.

τὸ μέ[λ]λον ἄκοντάς τι̣[ν]ας ἄ̣[ξει τελώνας ἢ μισθωτάς,]
ἀλλὰ διαμισθώσει τοῖς βουλ[ομένοις ἑκουσίως προσ-]
40 *ἐ̣ρχεσθ̣αι, μᾶλ̣λον τὴν̣ [τ]ῶν̣ [προτέρων ἐπάρχων]*
α̣ἰώνιον̣ συνήθε[ι]αν φ[υ]λ̣άσ[σων κτλ.

Von den wenigen Abweichungen vom Stein ist *ὀ]λίγον* in 10 statt *ὀλίγους* fehlerhaft, ebenso *τι[ν]ας* 38 statt *τις*, man müßte denn *οὐδεὶς εἰς τὸ μέλλον ἄκοντάς τινας ἄξει τελώνας* schreiben.[1]) Im Papyrus wäre zur Not bei der Ungleichheit der Zeilen ein *εἰς* am Schluß von 37 vielleicht möglich, auf dem Stein wäre es durch Haplographie ausgefallen, außerdem *τις* für *τινας* geschrieben. Aber von anderm abgesehen entbehrt man ungern den in *οὐδ'* (auch in Zukunft) liegenden Hinweis auf das Vorhergehende. — Ob in 27 *πρὸ πάντων* oder *πρὸ παντὸς* (Stein) den Vorzug verdient, ist schwer zu sagen, möglich ist beides. Dagegen ist *ὀλίγον* in 31 eine Verbesserung gegenüber dem *ολ. . ω .* des Steines.

Die einzige Variante, die ein sachliches Interesse beansprucht, ist *ἐπάρχων* in 30 statt *ἐπαρχειῶν* (Inschr.). Zugunsten der letzteren könnte man sagen, daß der Schreiber leichter ein *ἐπαρχειῶν* zu *ἐπάρχων* verkürzt, als daß er letzteres zu ersterem erweiterte. Aber sachliche Gründe scheinen mir dem *ἐπάρχων* den Vorzug zu geben. Gewiß wäre es an sich nicht ausgeschlossen, daß die Beschwerdeführer — denn über die *ἔντευξις* wird hier referiert! — das Beispiel der andern Provinzen herangezogen hätten, wie wir bisher auch alle angenommen haben, aber nachdem uns der Papyrus auf die Möglichkeit, *ἐπάρχων* zu lesen, hingewiesen hat, wird man zugeben, daß diese Alexandriner[2]) viel eher etwas

38 *τι̣[ν]ας* Pap., *τις* Inschr. 39/40 *προέρχεσθαι* Inschr., *προσέρχεσθαι* conieci Ostraka I 592 A. 1, prob. Ditt. — Die Abweichungen des Papyrus vom Stein bezüglich des Jota adscriptum habe ich nicht notiert. Ich bemerke nur, daß es im Papyrus seltener steht als auf dem Stein, das hybride Jota nur in *πλήθηι* 10, *δηλώσωι* 24, *ἄξωι* 35, das normale in *αὐτῶι* 24.

[1]) Wenn v. Bissing *ουδεις* ohne Hinzufügung von *εις* schreibt, so ist das wohl nur ein Versehen.

[2]) Daß das gesamte Edikt sich speziell an die Alexandriner wendet, hat Rostowzew erkannt (Studien zur Geschichte des römischen Kolonats, 1910, S. 85f.).

über die gemeinsame Sitte ihrer Präfekten als über die der Provinzen des römischen Reiches aussagen konnten. Um eine Amtshandlung der Präfekten aber handelt es sich bei diesen Verpachtungen; sagt doch Ti. Alexander von sich selbst, er habe nie zur Pacht gezwungen und werde es nie tun und vertraue, daß auch künftig keiner (seiner Nachfolger) es tun werde, *μᾶλλον τὴν τῶν προτέρων ἐπάρχων αἰώνιον συνήθειαν φυλάσσων* (40/1). Diese letzten Worte erscheinen uns jetzt wie eine Wiederaufnahme und Paraphrasierung jener Worte der Beschwerdeführer, wenn wir lesen: *παρὰ τὸ κοινὸν ἔθος τῶν ἐπάρχων.* Alexander bestätigt damit, daß bisher die Präfekten jene Zwangspacht perhorresziert haben, mit Ausnahme jenes einen, offenbar seines Vorgängers[1]), dessen Ungerechtigkeit jene Beschwerden verursacht hat: *ἢ τὴν πρόσκαιρόν τινος ἀδικίαν μιμησάμενος*, wie er hinter *φυλάσσων* fortfährt. Mir scheinen hiernach die Vorzüge der neuen Lesung *ἐπάρχων* auf der Hand zu liegen.[2])

2.

Während auf dem Pylon vor dem Edikt das Schreiben des Strategen der Oase steht, trägt der Papyrus entsprechend der andersartigen Situation die Überschrift: [*Ἀντίγραφον*] *ἐκθέματος.* Die Bezeichnung des Edikts als *ἔκθεμα* ist schon aus Dittenberger, Or. Gr. II 664 bekannt, wo Lusius Geta selbst sein Edikt so bezeichnet. Ich möchte hieran ein paar Beobachtungen über die griechischen Bezeichnungen der Edikte und über ihr Verhältnis zu den königlichen Erlassen der Ptolemäerzeit anknüpfen.

Wie schon aus der Zusammenstellung bei P. M. Meyer, P. Giss. II S. 26 A. 1 hervorgeht, begegnen in den Urkunden folgende Bezeichnungen für das Edikt: *διάταγμα*,

---

[1]) Vgl. meine Ostraka I 593.

[2]) Wenn damit eines der Beispiele für die Bezeichnung Ägyptens als „Provinz" fortfällt, so haben wir andererseits im Gnomon § 102 soeben ein neues erhalten: *ἐ[ξὸν ἄγειν εἰς τὴν ἐ]παρχίαν ἔλαιον.* Zu dieser Provinzfrage vgl. jetzt Matth. Gelzer, Berl. ph. Woch. 1916 (Besprechung von A. Stein, Untersuchungen z. Gesch. u. Verw. Äg. 1915).

πρόσταγμα, πρόγραμμα, ἔκθεμα, παράγγελμα, δόγμα.[1]) In der Literatur kommt auch *διάγραμμα* vor. So nennt z. B. Joseph. Ant. Iud. 19 § 279 ein Edikt des Claudius *διάγραμμα*, während es sich selbst korrekter als *διάταγμα* bezeichnet (§ 285). Von *διαγράμματα* spricht auch Plut. Marcell. 24 (Schluß), doch weiß er, daß der speziellere Ausdruck *διάταγμα* ist: *καὶ γὰρ τὰ διαγράμματα τῶν ἀρχόντων Ἕλληνες μὲν διατάγματα, Ῥωμαῖοι δὲ ἔδικτα προσαγορεύουσιν.* Daß *διάταγμα* der eigentliche Terminus technicus für das Edikt ist, hat schon Meyer betont. Aber es ist bisher wohl nicht ausgesprochen worden, daß, wenn man von dem in einer griechischen Übersetzung vorkommenden *δόγμα* absieht (Fay. 20, 22)[2]), *διάταγμα* die einzige unter den obigen Bezeichnungen ist, die nicht schon in der Ptolemäerzeit für eine königliche Verfügung gebraucht ist, also in der Kaiserzeit neu auftritt. Mir ist wenigstens ein ptolemäisches oder auch ein hellenistisches *διάταγμα* aus urkundlicher Überlieferung nicht erinnerlich, dagegen *πρόσταγμα, πρόγραμμα, ἔκθεμα, παράγγελμα*, wie andererseits auch *διάγραμμα*, sind sämtlich als Ausdrücke für königliche Erlasse aus der Ptolemäerzeit bekannt. Ihrem Werte nach sind sie nicht gleichartig, denn während *πρόσταγμα, διάγραμμα, πρόγραμμα* ganz bestimmte Formen bezeichnen, gilt das von *ἔκθεμα* und wahrscheinlich auch von *παράγγελμα* nicht. *Ἔκθεμα* charakterisiert allgemein eine Verfügung, insofern sie zur Publikation bestimmt ist.[3]) Sowohl ein *πρόσταγμα* wie *διάγραμμα* und *πρόγραμμα* könnten daher als *ἔκθεμα* bezeichnet werden. *Παράγγελμα*, das sich in den ptolemäischen Texten nur einmal auf einen königlichen Befehl bezieht (P. Amh. 50, 5 vom Jahre 106 vor Chr.), ist hier wahrscheinlich nur als Äquivalent für *πρόσταγμα* gebraucht und bezeichnet kaum eine eigene, vom *πρόσταγμα* abweichende Form.

[1]) Es sind inzwischen wohl neue Belege, aber keine neuen Ausdrücke hinzugekommen.

[2]) Es ist wohl ebensowenig als Terminus technicus zu fassen wie die Bezeichnung desselben Edikts als *βούλευμα* in Z. 2. Meyer verweist auf Ev. Luk. 2, 1. Vgl. auch Act. 17, 7. Über das Edikt Fay. 20 vgl. unten Abschnitt 5 S. 150ff.

[3]) Preisigke, Fachwörter, verweist auf Petr. III 125, 8 und Rev. P. 26, 13.

Es würde mich zu weit führen, wollte ich hier nach meinem reichen Material eingehend über die verschiedenen Formen der königlichen Erlasse handeln. Ich verweise auf die Ausführungen der Graeca Halensis in den Dikaiomata S. 42ff. und beschränke mich auf einige Ergänzungen zu ihnen. Die Graeca Halensis hat schon geschieden zwischen den epistolaren *προστάγματα* und den nichtepistolaren, die das Kopfstück *Βασιλέως προστάξαντος* tragen, und zwar als selbständige Überschrift.[1]) Die von der Graeca nicht erörterte Frage, wie sich beide Arten in ihrer Anwendung unterscheiden, möchte ich dahin beantworten, daß die epistolare Form gewählt wird, wenn ein Befehl an einen einzelnen Beamten gegeben wird, dagegen die nichtepistolare, wenn der gesamten Bevölkerung oder einem Teile von ihr der königliche Wille kundgetan werden soll, weshalb für diese Form auch die Publikation selbstverständlich ist. Die Publikation erfolgte allerorten durch zeitweiligen Aushang. Vielleicht fand aber daneben auch eine mündliche Verkündigung statt, wenigstens halte ich es für möglich, dies den bisher m. W. nicht erklärten Worten *Θέωνος ἀναγγείλαντος* und *[Διο]δώρ[ο]υ ἀναγγείλαντος* in Petr. III 20 = W. Chrest. 450 R. 1 und V. I 2 zu entnehmen.[2]) — Über die Form des *διάγραμμα* kann ich leider auch heute ebensowenig etwas Bestimmtes sagen wie die Graeca l. c., da wir immer noch kein vollständiges Exemplar besitzen. Hinzufügen will ich nur, daß außer dem Steuer- und Gerichtsdiagramma uns außerhalb Ägyptens das *διάγραμμα* auch noch als königliche Proklamation bezeugt ist, wie sie z. B. Philippos Arrhidaios im Jahre 319 durch Polyperchon an die Griechen ergehen ließ.[3]) — Endlich die *προγράμ-*

---

[1]) Dahinter ist ein Punkt zu setzen, resp. ein Kolon. Folgen Infinitive, so hängen sie nicht von *προστάξαντος* ab, sondern sind imperativisch zu fassen. Daß jene Worte Überschrift sind, die nicht zum Text gehören, ist öfters vom Schreiber angedeutet, durch Ausrücken (vgl. P. Grad. 1, 4, dazu S. 19) oder durch größeren Abstand vom Text (vgl. Dionyspapyrus: Amtl. Ber. Kgl. Kunstsamml. April 1917, S. 192).

[2]) Schwierig bleibt, was mit *παρὰ Σωστράτου* gemeint ist. War das der Beamte, von dem man das *πρόσταγμα* erhalten hatte?

[3]) Zu dieser Art der *διαγράμματα* vgl. meine Ausführungen in den

ματα sind Verordnungen, die ohne einleitendes Präskript, vielfach im lapidaren Polizeistil, an Beamte mit dem Befehl, sie zu publizieren, übersandt wurden. So sind z. B. nach Rev. P. 37, 6 die beiden königlichen Verordnungen Rev. 36, 3—19 und 37, 10—20 solche *προγράμματα*, die den königlichen *ἐντολαί* (s. Dikaiomata S. 44) beigefügt sind.[1])

Alle diese Formen der königlichen Erlasse scheinen nun mit dem Beginn der römischen Herrschaft verschwunden zu sein. Im besondern ist kein Beispiel dafür bekannt, daß etwa kaiserliche Erlasse, die sich an die Bevölkerung richteten, mit einem Kopfstück wie *Αὐτοκράτορος προστάξαντος* o. ä. abgefaßt wären. Aber in demselben Augenblicke, wo durch Usurpation die Kaiserherrschaft faktisch beseitigt und eine Königsherrschaft wieder eingeführt wurde, nämlich unter Zenobia, finden wir das alte ptolemäische *πρόσταγμα* wieder. Vgl. Dittenberger, Or. Gr. I 129: *Βασιλίσσης καὶ βασιλέως* (Vaballath) *προσταξάντων*. Darauf folgt die Verfügung über die jüdische Synagoge. Wenn hierauf die formlosen lateinischen Worte *Regina et rex iusser(un)t* folgen, so spiegelt sich in dieser wunderlichen Mischung heterogener Elemente die bunt schillernde Sonderstellung der Palmyrener wider.[2]) Gewiß ist es merkwürdig, daß nach 300jähriger Pause die alte Formel wieder auftritt. Wenn man nicht annehmen will, daß sie auch in Palmyra zu Hause war[3]), erklärt sich der Vorgang vielleicht so, daß die Juden, die offenbar um die Wiederherstellung der alten Asylinschrift des Euergetes I. bei den Palmyrenern ein-

---

Sitzungsber. Bayr. Akad. 1917, 10. Abh. (Beitr. z. Gesch. d. korinthischen Bundes), S. 31.

[1]) Ebenso als Anhang zur (nichtköniglichen) *ἐντολή* in Teb. 35 = W. Chrest. 309. [NB. l. in Z. 18: *ἢ ὅ τι παρὰ ταῦτα ποιῶν* (statt *ὅτι*), wonach Z. 11 zu emendieren ist: *ἢ ὅ τι ⟨‹ο›⟩ παρὰ*]. Über eine Polizeiverordnung (*πρόγραμμα*), die auf einer weißen Tafel (*λεύκωμα*) an dem gefährdeten Hause zu seinem Schutz angebracht wird (in griechischer und demotischer Schrift), vgl. meine bevorstehende Neuausgabe von Leid. H in UPZ. 108.

[2]) Die bisher nicht beachtete Übereinstimmung mit der ptolemäischen Formel spricht doch wohl für eine offizielle Redaktion der Inschrift. Anders Mommsen, RG. V 437 A. 1.

[3]) Hatten auch die Seleukiden sie einst geführt?

gekommen waren, sich hierbei auf ein altes πρόσταγμα dieses Königs bezogen hatten, und daß Zenobia und Vaballath deswegen diese Befehlsform nachgeahmt haben. Doch wäre auch möglich, daß sie prinzipiell an die Formen der alten Königszeit angeknüpft hätten. Wie dem auch sei, das römische Edikt, vor dem die alten Formen der königlichen Erlasse, im besonderen auch das πρόσταγμα mit der Einleitungsformel „Auf Befehl des Königs" verschwanden, muß unter den kaiserlichen Konstitutionen diejenige gewesen sein, durch die den Alexandrinern und Ägyptern der Umschwung der Zeiten, die neue Tatsache der Römerherrschaft am deutlichsten entgegentrat. Denn in den Episteln der Kaiser werden sie, wenn auch das Reskriptenwesen dann seine eigene Entwicklung genommen hat, doch nur ihre alten Königsbriefe wiedergefunden haben[1]), und die Dekrete der Kaiser konnten sie zu den Richtersprüchen ihrer Könige in Parallele stellen, wie vielleicht auch die Mandata zu deren ἐντολαί.[2]) Aber die Edikte, in deren Präskript der Römername des Kaisers oder seines Statthalters mit diesem eigenartigen, altertümlichen *dicit* verbunden war, das auf die ursprünglich mündliche Verkündigung hinweist, waren etwas Urrömisches[3]) und für sie absolut Fremdes. Da nun

---

[1]) Wie überhaupt der römische Brief sich nach dem Muster des griechischen entwickelt hat, wie jetzt wohl allgemein anerkannt wird, so hat auch das Beispiel der hellenistischen königlichen ἐπιστολογραφεῖα starken Einfluß auf die Entwicklung der kaiserlichen Briefkanzlei (ab epistulis) gehabt. Auf das von Partsch (Archiv VI 44) aufgeworfene Problem, ob es hellenistische Vorbilder für die Kaiserkonstitutionen gegeben hat, soll hier nicht eingegangen werden.

[2]) Außer den in Dikaiomata S. 44 nachgewiesenen ἐντολαί, die an Beamtengruppen (ohne Namensnennung) gerichtet sind, hat es Dienstinstruktionen an die einzelnen Beamten gegeben (vgl. Petr. II 42a, 9), die wohl eher mit den Mandaten der Kaiser an die Statthalter zu vergleichen sind als jene Kollektiv-ἐντολαί. Die Worte ὁ τὴν ἐντολὴν ἐπιδεικνύς in Grenf. II 37, 7 bedeuten nicht, daß er „seine Bestallung" vorweist (so Partsch, l. c. und Preisigke, Fachwörter S. 78), sondern daß er der Überbringer der vorliegenden Kollektiv-ἐντολή ist. Vgl. Teb. 27, 88 διὰ τοῦ τὴν ἐντολὴν ἐπιδεικνύντος, wo jede Zweideutigkeit ausgeschlossen ist. Vgl. auch die Interpretation in Dikaio. S. 44. Sein Dienstauftrag ist hier in 8 mit διαστολή bezeichnet (vgl. Teb. 27, 20; Par. 63, 35).

[3]) Daß diese Formel eine Nachahmung der ähnlichen Formel der

zugleich die Formen der alten Königserlasse verschwanden und es kein πρόσταγμα, διάγραμμα, πρόγραμμα in den alten Formen mehr gab, verloren diese Bezeichnungen ihre prägnante Bedeutung, und so hat man sie dann auf das Edikt übertragen, das materiell jene Königserlasse ersetzte, wie andererseits auch die mehr appellativischen Bezeichnungen ἔκθεμα und προσάγγελμα. Aber man hat doch auch das Bedürfnis gehabt, für die ihnen neue Form des Edikts auch eine neue Bezeichnung zu haben, und hierfür nahm man das Wort διάταγμα. Ebenso hat man auch für den neuen Begriff der Konstitution einen neuen, in der ptolemäischen Kanzlei noch nicht abgegriffenen Terminus technicus eingeführt, nämlich διάταξις.[1])

3.

Unser Berliner Papyrus stammt, nach der Schrift zu urteilen, nicht aus der Zeit des Ti. Alexander, sondern ist beträchtlich jünger. Ich würde die Schrift etwa in die Zeit Trajans oder Hadrians setzen. Also ist dies Edikt noch mehrere Dezennien nach seiner Publikation bei irgendeiner Gelegenheit verwendet worden. An diesen Tatbestand möchte ich einige Betrachtungen über die Frage der Gültigkeitsdauer der Edikte anschließen.

Bezüglich der Kaiseredikte besteht über diese Frage unter den Juristen ein starker Dissens, den ich an dieser Stelle nicht auseinanderzusetzen brauche.[2]) Ohne mir über diese verwickelte Rechtsfrage eine Entscheidung anmaßen zu wollen, möchte ich mir erlauben, aus meiner Lektüre ein Argument vorzubringen, das, soweit ich die Literatur

---

orientalischen Großkönige sei, wie Dittenberger zu Or. Gr. I 424 Note 2 annimmt, ist mir aus historischen Gründen nicht glaublich. Die von ihm angezogenen Briefe haben auf alle Fälle auszuscheiden. In Betracht kämen nur die Proklamationen.

[1]) Nebenbei erwähne ich, daß man auch von statthalterlichen Konstitutionen spricht. Vgl. den wichtigen Passus in P. Iand. IV 68, 24ff.: *Divus quoque [Had]r[ianus] rem admittendam non putavit, confirmatis praefectorum cons[t]itutionibus.* So ist auch die διάταξις Πρόκλου in W. Chrest. 27, 10 aufzufassen, nicht als gleichwertig mit διάταγμα (so Zucker, Sitz. Preuß. Ak. 1911, 798 A. 1).

[2]) Vgl. Kipp, Gesch. d. Quellen, 4. Aufl., 1919, S. 68.

verfolgt habe, in diesem Zusammenhange noch nicht verwertet ist. In der Korrespondenz zwischen Plinius und Trajan wird in ep. 79 von Plinius auf ein *edictum divi Augusti* hingewiesen[1]), durch das die lex Pompeia, das Grundgesetz der Provinz Pontus et Bithynia, dahin abgeändert worden ist, daß nicht das Alter von 30 Jahren, sondern das von 25 Jahren[2]) zur Übernahme eines Amtes qualifizierte. Dies Edikt des Augustus wird sowohl von Plinius und den Provinzialzensoren (τιμηταί) als auch vom Kaiser Trajan wie selbstverständlich als absolut rechtsverbindlich für die Gegenwart betrachtet und der lex Pompeia daher an die Seite gestellt.[3]) Ein anderes Edikt des Augustus (über die θρεπτοί) wurde nach ep. 65 in einem vor Plinius geführten Prozeß vorgelegt. Freilich scheint die Autorschaft des Augustus nicht ganz festgestanden zu haben *(edictum quod dicebatur divi Augusti)*, doch hielt man es jedenfalls für nützlich, dies alte Edikt vorzulegen. Immerhin ist dieser Fall nicht so beweiskräftig wie der erste.[4]) Aber die Art, wie dieses erste Edikt (über die Altersgrenze) zu Trajans Zeit als absolut bindend betrachtet wird, scheint mir allerdings ein wichtiges Argument für die Rechtsgültigkeit der kaiserlichen Edikte über die Amtszeit des Edizenten hinaus zu sein. Wie steht es nun mit der Gültigkeitsdauer der Statthalteredikte?[5]) Hier gilt es zunächst, die „Provinzialedikte", die die Statthalter bei Beginn ihres Amtes publizierten, von den später erlassenen Einzeledikten zu scheiden, denn jene galten

---

[1]) Wahrscheinlich erlassen bei seinem Besuch der Provinz im Jahre 20 v. Chr.

[2]) So wird mit Nipperdey das überlieferte XXII zu emendieren sein. Vgl. die 2. Aufl. von Kukulas Edition 1912.

[3]) Vgl. 79, 4 und die Antwort Trajans.

[4]) Das Edikt des Nerva in ep. 58 kommt hier nicht in Betracht, da es sich nur um die Konfirmierung der beneficia des Vorgängers handelt.

[5]) Als ich den folgenden Abschnitt entwarf, glaubte ich, daß diese Frage noch nicht eingehender behandelt sei. Erst nachträglich sah ich, daß Egon Weiß in seinen „Studien zu den römischen Rechtsquellen" 1914 dieser Frage eine umfangreiche Untersuchung gewidmet hat, die ihn z. T. auf anderem Wege zu demselben Ergebnis für die ägyptischen Statthalteredikte geführt hat.

natürlich nur für ihre Amtszeit, da ja der Nachfolger wieder sein eigenes *edictum provinciale* publizierte. Da die Existenz eines besonderen Provinzialedikts, das mit den städtischen in der Hauptsache übereinstimmte, aber doch auch Eigenes enthielt, nicht unbestritten geblieben ist[1]), ist es nicht unerwünscht, daß durch P. lat. Giss. Inv. 40 für das Jahr 249 n. Chr. das Provinzialedikt des damaligen Präfekten ausdrücklich bezeugt wird.[2]) Dort sagt der Antragsteller zum Präfekten Aurelius Appius Sabinus Z. 4ff.: *Rogo, domine, des mihi bonorum possessionem — — ex ea parte edicti, qua⟨⟨e⟩⟩ [legi]timis heredibus b(onorum) p(ossessionem) daturum te polliceris.* Wie schon O. Eger S. 382 in Würdigung der Bedeutung dieses Passus für die Provinzialediktsfrage betont hat, zeigen diese Worte, daß der Präfekt dies Edikt „wenigstens formell als sein Edikt für seine Provinz proponiert" hat. Inzwischen sind noch zwei weitere Hinweise auf das Provinzialedikt bekannt geworden, nämlich Oxy. IX 1201 (a. 258) und Oxy. I 35 nach meiner Ergänzung im Hermes 55, 32 (a. 223), beide gleichfalls die *agnitio bonorum possessionis* betreffend. Wenn sie auch nicht die entscheidende Wendung mit *polliceris* enthalten, genügt doch das erste Beispiel, um auch hier das edictum als das Provinzialedikt zu erweisen.

Vielleicht darf man hiernach einen weiteren, wenn auch vielleicht nur indirekten Hinweis auf das Provinzialedikt in dem Mandat des Hadrian an den Präfekten Rammius vom Jahre 119 finden[3]), der dadurch noch ein besonderes Interesse hätte, daß die Urkunde älter ist als die Julianische Redaktion. Wie Mitteis erkannt hat[4]), weisen die Worte (25) *ἐξ ἐκείνου τοῦ μέ[ρ]ους τοῦ διατάγματος, οὗ καὶ τοῖς πρὸς [γ]ένους συνγενέσι δίδοται* auf das prätorische Edikt *(unde cognati)* hin. Gewiß ist es möglich, ja vielleicht wahr-

[1]) Für die Existenz O. Lenel, Das Edictum perpetuum, 2. Aufl., S. 4f. gegen v. Velsen.

[2]) Edid. O. Eger, Sav.-Z. XXXII S. 378ff. Vgl. P. M. Meyer, Jur. Pap. Nr. 27.

[3]) BGU. I 140 = M. Chrest. 373. Daß der Brief von Hadrian, nicht Trajan stammt, zeigte ich im Hermes 37, 84ff.

[4]) Hermes 30, 614.

verfolgt habe, in diesem Zusammenhange noch nicht verwertet ist. In der Korrespondenz zwischen Plinius und Trajan wird in ep. 79 von Plinius auf ein *edictum divi Augusti* hingewiesen[1]), durch das die lex Pompeia, das Grundgesetz der Provinz Pontus et Bithynia, dahin abgeändert worden ist, daß nicht das Alter von 30 Jahren, sondern das von 25 Jahren[2]) zur Übernahme eines Amtes qualifizierte. Dies Edikt des Augustus wird sowohl von Plinius und den Provinzialzensoren (*τιμηταί*) als auch vom Kaiser Trajan wie selbstverständlich als absolut rechtsverbindlich für die Gegenwart betrachtet und der lex Pompeia daher an die Seite gestellt.[3]) Ein anderes Edikt des Augustus (über die *θρεπτοί*) wurde nach ep. 65 in einem vor Plinius geführten Prozeß vorgelegt. Freilich scheint die Autorschaft des Augustus nicht ganz festgestanden zu haben *(edictum quod dicebatur divi Augusti)*, doch hielt man es jedenfalls für nützlich, dies alte Edikt vorzulegen. Immerhin ist dieser Fall nicht so beweiskräftig wie der erste.[4]) Aber die Art, wie dieses erste Edikt (über die Altersgrenze) zu Trajans Zeit als absolut bindend betrachtet wird, scheint mir allerdings ein wichtiges Argument für die Rechtsgültigkeit der kaiserlichen Edikte über die Amtszeit des Edizenten hinaus zu sein. Wie steht es nun mit der Gültigkeitsdauer der Statthalteredikte?[5]) Hier gilt es zunächst, die „Provinzialedikte", die die Statthalter bei Beginn ihres Amtes publizierten, von den später erlassenen Einzeledikten zu scheiden, denn jene galten

---

[1]) Wahrscheinlich erlassen bei seinem Besuch der Provinz im Jahre 20 v. Chr.

[2]) So wird mit Nipperdey das überlieferte XXII zu emendieren sein. Vgl. die 2. Aufl. von Kukulas Edition 1912.

[3]) Vgl. 79, 4 und die Antwort Trajans.

[4]) Das Edikt des Nerva in ep. 58 kommt hier nicht in Betracht, da es sich nur um die Konfirmierung der beneficia des Vorgängers handelt.

[5]) Als ich den folgenden Abschnitt entwarf, glaubte ich, daß diese Frage noch nicht eingehender behandelt sei. Erst nachträglich sah ich, daß Egon Weiß in seinen „Studien zu den römischen Rechtsquellen" 1914 dieser Frage eine umfangreiche Untersuchung gewidmet hat, die ihn z. T. auf anderem Wege zu demselben Ergebnis für die ägyptischen Statthalteredikte geführt hat.



natürlich nur für ihre Amtszeit, da ja der Nachfolger wieder sein eigenes *edictum provinciale* publizierte. Da die Existenz eines besonderen Provinzialedikts, das mit den städtischen in der Hauptsache übereinstimmte, aber doch auch Eigenes enthielt, nicht unbestritten geblieben ist[1]), ist es nicht unerwünscht, daß durch P. lat. Giss. Inv. 40 für das Jahr 249 n. Chr. das Provinzialedikt des damaligen Präfekten ausdrücklich bezeugt wird.[2]) Dort sagt der Antragsteller zum Präfekten Aurelius Appius Sabinus Z. 4ff.: *Rogo, domine, des mihi bonorum possessionem — — ex ea parte edicti, qua⟨⟨e⟩⟩ [legi]timis heredibus b(onorum) p(ossessionem) daturum te polliceris.* Wie schon O. Eger S. 382 in Würdigung der Bedeutung dieses Passus für die Provinzialediktsfrage betont hat, zeigen diese Worte, daß der Präfekt dies Edikt „wenigstens formell als sein Edikt für seine Provinz proponiert" hat. Inzwischen sind noch zwei weitere Hinweise auf das Provinzialedikt bekannt geworden, nämlich Oxy. IX 1201 (a. 258) und Oxy. I 35 nach meiner Ergänzung im Hermes 55, 32 (a. 223), beide gleichfalls die *agnitio bonorum possessionis* betreffend. Wenn sie auch nicht die entscheidende Wendung mit *polliceris* enthalten, genügt doch das erste Beispiel, um auch hier das edictum als das Provinzialedikt zu erweisen.

Vielleicht darf man hiernach einen weiteren, wenn auch vielleicht nur indirekten Hinweis auf das Provinzialedikt in dem Mandat des Hadrian an den Präfekten Rammius vom Jahre 119 finden[3]), der dadurch noch ein besonderes Interesse hätte, daß die Urkunde älter ist als die Julianische Redaktion. Wie Mitteis erkannt hat[4]), weisen die Worte (25) *ἐξ ἐκείνου τοῦ μέ[ρ]ους τοῦ διατάγματος, οὗ καὶ τοῖς πρὸς [γ]ένους συγγενέσι δίδοται* auf das prätorische Edikt *(unde cognati)* hin. Gewiß ist es möglich, ja vielleicht wahr-

---

[1]) Für die Existenz O. Lenel, Das Edictum perpetuum, 2. Aufl., S. 4f. gegen v. Velsen.

[2]) Edid. O. Eger, Sav.-Z. XXXII S. 378ff. Vgl. P. M. Meyer, Jur. Pap. Nr. 27.

[3]) BGU. I 140 = M. Chrest. 373. Daß der Brief von Hadrian, nicht Trajan stammt, zeigte ich im Hermes 37, 84ff.

[4]) Hermes 30, 614.

scheinlich, daß der Kaiser bei diesen Worten an das städtische Edikt gedacht hat, doch wird er dabei für die in Aussicht genommenen Eingaben an Rammius (vgl. *αἰτεῖσθαι δύνασθαι*) die Heranziehung von dessen materiell hierin offenbar mit jenem übereinstimmendem Provinzialedikt[1]) im Auge gehabt haben, falls er nicht überhaupt an dieses in erster Reihe gedacht hat. Wie dem auch sei, die Soldatenkinder, die sich auf Grund dieses Mandats an den Statthalter wendeten, werden sich, wie in den obigen Fällen, jedenfalls auf sein, unter seinem Namen publiziertes Provinzialedikt berufen haben, wie auch der Präfekt dann sicher auf Grund seines Provinzialedikts sowie des Mandats entschieden haben wird. Wenn wir so das Provinzialedikt mit in die Interpretation jener Worte hineinziehen, so gilt in noch weiterem Umfange, was Lenel im Hinblick auf die beiden städtischen Edikte zu unserer Stelle sagte, nämlich, daß hier eine Bestimmung *τοῦ διατάγματος* angezogen werde, „gleich als ob es schon damals (vor Julian) nur ein Edikt gegeben hätte".[2])

Gehen wir zu den Einzeledikten der Statthalter über, so wird es für diese wie vielleicht auch noch für weitere Untersuchungen nützlich sein, eine Liste der für Ägypten überlieferten Edikte aufzustellen, da eine solche bisher m. W. nirgends gegeben ist.[3]) Ich habe nicht nur die im Wortlaut erhaltenen Edikte zusammengestellt, sondern habe auch die nur aus Zitaten bekannten berücksichtigt, letztere durch eckige Klammern von jenen unterschieden. Für die erstere Gruppe habe ich Vollständigkeit erstrebt, wenn auch vielleicht nicht erreicht. Für die zweite Gruppe, für die es mir unmöglich war, die sämtlichen Texte durchzulesen, werden manche Nachträge zu finden sein. Immerhin ist das Folgende eine Grundlage, die weiter ausgebaut werden möge.

---

[1]) Vgl. Partsch, Schriftformel S. 74, der aus dem Passus schließt, „daß auch für Ägypten ein dem stadtrömischen verwandtes Edikt publiziert war". Auf ein wenigstens materiell einheitliches Edikt im ganzen Reiche schließt Weiß, l. c. 104.

[2]) Das Edictum perpetuum, 2. Aufl., S. 3 A. 3.

[3]) Mehreres ist zusammengestellt von E. Costa, Storia delle fonti del diritto Romano, 1909, S. 180ff.

Erinnert sei vorweg an die beiden Edikte, die Germanicus als ἀνθύπατος im Jahre 19 n. Chr. erlassen hat, die eine Mittelstellung zwischen den Kaiser- und den Statthalteredikten einnehmen. Vgl. v. Wilamowitz und Zucker, Sitz. Pr. Akad. 1911, S. 794ff. Dazu Archiv VI 286ff.; Preisigke, SB. 3924.

Die Statthalteredikte.

1. [C. Turranius, a. 7—4 v. Chr., über Landzuweisungen: Oxy. XII 1434, 14f.]
2. [M. Magius Maximus, unter Augustus, über Requisitionen: Dittenberger, Or. Gr. II 665, 27.]
3. A. Avillius Flaccus, a. 32—38, Waffenverbot: P. Boissier = W. Chrest. 13.
4. L. Aemilius Rectus, a. 42, Regelung der Requisitionen: Lond. III S. 107.
5. Cn. Vergilius Capito, a. 48, Regelung der Requisitionen usw.: Dittenberger, Or. Gr. II 665.
6. L. Lusius Geta, a. 54, Schutz der Soknopaiospriester: Dittenberger, Or. Gr. II 664.
   (Das Fragment über τελῶναι usw. bei Milne, Inschr. Cair. Cat. n. 9302 S. 11 = Cagnat, IGr. ad rRp. I 1285 S. 437, das Costa S. 181 A. 6 als Edikt bezeichnet, enthält kein sicheres Indizium dafür.)
7. Ti. Julius Alexander, a. 68, über Zwangspachten und vieles andere: a) Dittenberger, Or. Gr. II 669, b) Berl. Papyrus oben S. 125f.
8. [Derselbe, a. 68/9, Befreiung der Frauen von der γεωργία: Oxy. VI 899, 28.]
9. M. Mettius Rufus, a. 89, über die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων: Oxy. II 237 VIII 27ff. = M. Chrest. 192. — Aus demselben Jahr ein edictum unum pro omnibus (κήρυγμα) in P. Hamb. 29 = Meyer, Iur. Pap. Nr. 85.
   (Der Tarif Dittenb., Or. Gr. II 674, den Costa S. 181 für ein Edikt des Mettius Rufus hält, kann auch durch Epistula dem ἔπαρχος ὄρους Βερενείκης mit Publikationsbefehl zugegangen sein.)
10. C. Vibius Maximus, a. 104, Aufforderung zur Heim-

scheinlich, daß der Kaiser bei diesen Worten an das städtische Edikt gedacht hat, doch wird er dabei für die in Aussicht genommenen Eingaben an Rammius (vgl. *αἰτεῖσθαι δύνασθαι*) die Heranziehung von dessen materiell hierin offenbar mit jenem übereinstimmendem Provinzialedikt[1]) im Auge gehabt haben, falls er nicht überhaupt an dieses in erster Reihe gedacht hat. Wie dem auch sei, die Soldatenkinder, die sich auf Grund dieses Mandats an den Statthalter wendeten, werden sich, wie in den obigen Fällen, jedenfalls auf sein, unter seinem Namen publiziertes Provinzialedikt berufen haben, wie auch der Präfekt dann sicher auf Grund seines Provinzialedikts sowie des Mandats entschieden haben wird. Wenn wir so das Provinzialedikt mit in die Interpretation jener Worte hineinziehen, so gilt in noch weiterem Umfange, was Lenel im Hinblick auf die beiden städtischen Edikte zu unserer Stelle sagte, nämlich, daß hier eine Bestimmung *τοῦ διατάγματος* angezogen werde, „gleich als ob es schon damals (vor Julian) nur ein Edikt gegeben hätte".[2])

Gehen wir zu den Einzeledikten der Statthalter über, so wird es für diese wie vielleicht auch noch für weitere Untersuchungen nützlich sein, eine Liste der für Ägypten überlieferten Edikte aufzustellen, da eine solche bisher m. W. nirgends gegeben ist.[3]) Ich habe nicht nur die im Wortlaut erhaltenen Edikte zusammengestellt, sondern habe auch die nur aus Zitaten bekannten berücksichtigt, letztere durch eckige Klammern von jenen unterschieden. Für die erstere Gruppe habe ich Vollständigkeit erstrebt, wenn auch vielleicht nicht erreicht. Für die zweite Gruppe, für die es mir unmöglich war, die sämtlichen Texte durchzulesen, werden manche Nachträge zu finden sein. Immerhin ist das Folgende eine Grundlage, die weiter ausgebaut werden möge.

---

[1]) Vgl. Partsch, Schriftformel S. 74, der aus dem Passus schließt, „daß auch für Ägypten ein dem stadtrömischen verwandtes Edikt publiziert war". Auf ein wenigstens materiell einheitliches Edikt im ganzen Reiche schließt Weiß, l. c. 104.

[2]) Das Edictum perpetuum, 2. Aufl., S. 3 A. 3.

[3]) Mehreres ist zusammengestellt von E. Costa, Storia delle fonti del diritto Romano, 1909, S. 180ff.



Erinnert sei vorweg an die beiden Edikte, die Germanicus als ἀνθύπατος im Jahre 19 n. Chr. erlassen hat, die eine Mittelstellung zwischen den Kaiser- und den Statthalteredikten einnehmen. Vgl. v. Wilamowitz und Zucker, Sitz. Pr. Akad. 1911, S. 794ff. Dazu Archiv VI 286ff.; Preisigke, SB. 3924.

Die Statthalteredikte.

1. [C. Turranius, a. 7—4 v. Chr., über Landzuweisungen: Oxy. XII 1434, 14f.]
2. [M. Magius Maximus, unter Augustus, über Requisitionen: Dittenberger, Or. Gr. II 665, 27.]
3. A. Avillius Flaccus, a. 32—38, Waffenverbot: P. Boissier = W. Chrest. 13.
4. L. Aemilius Rectus, a. 42, Regelung der Requisitionen: Lond. III S. 107.
5. Cn. Vergilius Capito, a. 48, Regelung der Requisitionen usw.: Dittenberger, Or. Gr. II 665.
6. L. Lusius Geta, a. 54, Schutz der Soknopaiospriester: Dittenberger, Or. Gr. II 664.
   (Das Fragment über τελῶναι usw. bei Milne, Inschr. Cair. Cat. n. 9302 S. 11 = Cagnat, IGr. ad rRp. I 1285 S. 437, das Costa S. 181 A. 6 als Edikt bezeichnet, enthält kein sicheres Indizium dafür.)
7. Ti. Julius Alexander, a. 68, über Zwangspachten und vieles andere: a) Dittenberger, Or. Gr. II 669, b) Berl. Papyrus oben S. 125f.
8. [Derselbe, a. 68/9, Befreiung der Frauen von der γεωργία: Oxy. VI 899, 28.]
9. M. Mettius Rufus, a. 89, über die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων: Oxy. II 237 VIII 27ff. = M. Chrest. 192. — Aus demselben Jahr ein edictum unum pro omnibus (κήρυγμα) in P. Hamb. 29 = Meyer, Iur. Pap. Nr. 85.
   (Der Tarif Dittenb., Or. Gr. II 674, den Costa S. 181 für ein Edikt des Mettius Rufus hält, kann auch durch Epistula dem ἔπαρχος ὄρους Βερενείκης mit Publikationsbefehl zugegangen sein.)
10. C. Vibius Maximus, a. 104, Aufforderung zur Heim-

kehr zum Zensus von 103/4: Lond. III S. 125 = W. Chrest. 202.

11. Servius[1]) Sulpicius Similis, a. 109, Einschärfung des Edikts des Mettius Rufus Nr. 9a: Oxy. II 237 VIII 21ff., vgl. IV 36ff.
12. [M. Rutilius Lupus, ca. 117, über die Juden: Par. 68 = Abh. Sächs. Ges. W. 1909, S. 808/9 Z. 4ff.]
13. T. Flavius Titianus, a. 127, zwei Edikte über die Hadrianische Bibliothek: Oxy. I 34 Verso.
14. M. Petronius Mamertinus, a. 133, Anzeige über den Konvent: Ryl. II 74, vgl. Archiv VI 373.
15. [Derselbe, a. 133/4, über Quittungen: Fay. 21, 3—7.]
16. Derselbe, a. 134, über Quittungen (Erweiterung des vorigen Edikts): Fay. 21.
17. Derselbe, a. 133—137, Regelung der Requisitionen: PSI. V 446.
18. [Derselbe, a. 133—137, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 8.]
19. Valerius Eudaemon, a. 142, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 7ff.
20. [Derselbe, a. 142/3, Befreiung der Frauen von γεωργία: Oxy. VI 899, 29.]
21. L. Valerius Proculus, a. 145—147, über Versäumnisverfahren: BGU. II 288.
22. M. Sempronius Liberalis, a. 154, Verordnung betreffs Heimkehr in die ἰδία: BGU. II 372 = W. Chrest. 19.
23. L. Mantennius Sabinus, a. 193, Festansage wegen Thronbesteigung des Pertinax: BGU. II 646 = W. Chrest. 490.
24. [Magnius Felix Crescentillianus, zwischen 197 und 199/200[2]), über Gymnasiarchie und Agoranomie: Oxy. IX 1185, 3ff. Nur das Begleitschreiben erhalten.]

---

[1]) So (statt Φλάουιος) liest jetzt Grenfell, The Years Work in classical studies 1919, S. 8 A. 2 (SA.), wie übrigens schon A. Stein, Hermes 53, 431 postuliert hatte. Ferner ιγ statt κγ (Grenf.). Damit verschwindet der Fl. Sulpicius Similis von 182.

[2]) Nach Joh. Hasebroek, Untersuchungen zur Geschichte des Kaisers Septimius Severus, 1921, S. 122 gehört P. Oxy. IV 705, der

25. [Q. Maecius Laetus, Edikt zum Zensus von 201/2: Oxy. VIII 1111, 3; II 2.]
26. [Subatianus Aquila, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 201/2: Gen. 16, 18ff.]
27. Derselbe, a. 206, gegen Erpressungen usw.: Oxy. VIII 1110.
28. Baebius Iuncinus, a. 210—214, über Aufspüren der Räuber: Oxy. XII 1408.
29. [Aurelius Antinous, Edikt zum Zensus von 215/6: W. Chrest. 207, 6; 209, 10.]
30. [Valerius Datus, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 215/6: BGU. 159, 6 = W. Chrest. 408.]
31. Flavius Valerius Pompeianus, a. 287, über *κηδεμόνες*: Oxy. VI 888, 1ff.
32. Flavius Eutolmius Tatianus, a. 367—370, gegen das Anrufen der praepositi: Oxy. VIII 1101.
33. Aurelius Herodes, Präses der Thebais, IV. Jahrh., gegen das Peitschen von Freien: Oxy. IX 1186.

Für die Frage der Geltungsdauer scheiden diejenigen Edikte aus, deren Anordnungen an sich nur vorübergehende Wirkung haben sollten (spezielle Edikte), so diejenigen, die alljährlich über den Konvent erlassen wurden (vgl. Nr. 14), oder die alle 14 Jahre den Zensus ankündigten (Nr. 25. 29) resp. zum Zweck des Zensus zur Heimkehr in die *ἰδία* aufforderten (Nr. 10. 26. 30) oder aus Anlaß von Unruhen die Heimkehr verfügten (Nr. 22) oder ein

---

den Laetus nennt, ins Jahr 199/200. Sein Nachweis (S. 117ff.), daß die ägyptische Reise des Severus in dieses Jahr 199/200 fällt und nicht in 202, wie bisher nach vit. Sev. 16, 9 angenommen wurde, hat u. a. die Wirkung, daß die zahlreichen aus 199/200 stammenden Kaiserreskripte während des Aufenthaltes in Ägypten vom Kaiser gegeben sind, so daß die von mir im Hermes 55, 21ff. für sie angenommene Vermittlung durch den Statthalter fortfällt (vgl. Hermes l. c. 27). Letztere bleibt bestehen für die Fälle, in denen der Kaiser nicht in Ägypten weilte, wie für Oxy. XII 1407, 1—8 (aus Neapolis). Zugleich fällt die Möglichkeit fort, den Widerspruch der Propositionsdaten in BGU. 267 und Straßb. 22 durch die Annahme zu lösen, daß das frühere Datum auf die Proposition in Rom gehe, da das Reskript von vornherein in Alexandria proponiert ist. Es muß also ein Versehen vorliegen.

kehr zum Zensus von 103/4: Lond. III S. 125 = W. Chrest. 202.

11. Servius[1]) Sulpicius Similis, a. 109, Einschärfung des Edikts des Mettius Rufus Nr. 9a: Oxy. II 237 VIII 21ff., vgl. IV 36ff.
12. [M. Rutilius Lupus, ca. 117, über die Juden: Par. 68 = Abh. Sächs. Ges. W. 1909, S. 808/9 Z. 4ff.]
13. T. Flavius Titianus, a. 127, zwei Edikte über die Hadrianische Bibliothek: Oxy. I 34 Verso.
14. M. Petronius Mamertinus, a. 133, Anzeige über den Konvent: Ryl. II 74, vgl. Archiv VI 373.
15. [Derselbe, a. 133/4, über Quittungen: Fay. 21, 3—7.]
16. Derselbe, a. 134, über Quittungen (Erweiterung des vorigen Edikts): Fay. 21.
17. Derselbe, a. 133—137, Regelung der Requisitionen: PSI. V 446.
18. [Derselbe, a. 133—137, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 8.]
19. Valerius Eudaemon, a. 142, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 7ff.
20. [Derselbe, a. 142/3, Befreiung der Frauen von *γεωργία*: Oxy. VI 899, 29.]
21. L. Valerius Proculus, a. 145—147, über Versäumnisverfahren: BGU. II 288.
22. M. Sempronius Liberalis, a. 154, Verordnung betreffs Heimkehr in die *ἰδία*: BGU. II 372 = W. Chrest. 19.
23. L. Mantennius Sabinus, a. 193, Festansage wegen Thronbesteigung des Pertinax: BGU. II 646 = W. Chrest. 490.
24. [Magnius Felix Crescentillianus, zwischen 197 und 199/200[2]), über Gymnasiarchie und Agoranomie: Oxy. IX 1185, 3ff. Nur das Begleitschreiben erhalten.]

---

[1]) So (statt *Φλάουιος*) liest jetzt Grenfell, The Years Work in classical studies 1919, S. 8 A. 2 (SA.), wie übrigens schon A. Stein, Hermes 53, 431 postuliert hatte. Ferner *ιγ* statt *κγ* (Grenf.). Damit verschwindet der Fl. Sulpicius Similis von 182.

[2]) Nach Joh. Hasebroek, Untersuchungen zur Geschichte des Kaisers Septimius Severus, 1921, S. 122 gehört P. Oxy. IV 705, der

25. [Q. Maecius Laetus, Edikt zum Zensus von 201/2: Oxy. VIII 1111, 3; II 2.]
26. [Subatianus Aquila, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 201/2: Gen. 16, 18ff.]
27. Derselbe, a. 206, gegen Erpressungen usw.: Oxy. VIII 1110.
28. Baebius Iuncinus, a. 210—214, über Aufspüren der Räuber: Oxy. XII 1408.
29. [Aurelius Antinous, Edikt zum Zensus von 215/6: W. Chrest. 207, 6; 209, 10.]
30. [Valerius Datus, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 215/6: BGU. 159, 6 = W. Chrest. 408.]
31. Flavius Valerius Pompeianus, a. 287, über *κηδεμόνες*: Oxy. VI 888, 1ff.
32. Flavius Eutolmius Tatianus, a. 367—370, gegen das Anrufen der praepositi: Oxy. VIII 1101.
33. Aurelius Herodes, Präses der Thebais, IV. Jahrh., gegen das Peitschen von Freien: Oxy. IX 1186.

Für die Frage der Geltungsdauer scheiden diejenigen Edikte aus, deren Anordnungen an sich nur vorübergehende Wirkung haben sollten (spezielle Edikte), so diejenigen, die alljährlich über den Konvent erlassen wurden (vgl. Nr. 14), oder die alle 14 Jahre den Zensus ankündigten (Nr. 25. 29) resp. zum Zweck des Zensus zur Heimkehr in die *ἰδία* aufforderten (Nr. 10. 26. 30) oder aus Anlaß von Unruhen die Heimkehr verfügten (Nr. 22) oder ein

---

den Laetus nennt, ins Jahr 199/200. Sein Nachweis (S. 117ff.), daß die ägyptische Reise des Severus in dieses Jahr 199/200 fällt und nicht in 202, wie bisher nach vit. Sev. 16, 9 angenommen wurde, hat u. a. die Wirkung, daß die zahlreichen aus 199/200 stammenden Kaiserreskripte während des Aufenthaltes in Ägypten vom Kaiser gegeben sind, so daß die von mir im Hermes 55, 21ff. für sie angenommene Vermittlung durch den Statthalter fortfällt (vgl. Hermes l. c. 27). Letztere bleibt bestehen für die Fälle, in denen der Kaiser nicht in Ägypten weilte, wie für Oxy. XII 1407, 1—8 (aus Neapolis). Zugleich fällt die Möglichkeit fort, den Widerspruch der Propositionsdaten in BGU. 267 und Straßb. 22 durch die Annahme zu lösen, daß das frühere Datum auf die Proposition in Rom gehe, da das Reskript von vornherein in Alexandria proponiert ist. Es muß also ein Versehen vorliegen.

kehr zum Zensus von 103/4: Lond. III S. 125 = W. Chrest. 202.

11. Servius[1]) Sulpicius Similis, a. 109, Einschärfung des Edikts des Mettius Rufus Nr. 9a: Oxy. II 237 VIII 21ff., vgl. IV 36ff.
12. [M. Rutilius Lupus, ca. 117, über die Juden: Par. 68 = Abh. Sächs. Ges. W. 1909, S. 808/9 Z. 4ff.]
13. T. Flavius Titianus, a. 127, zwei Edikte über die Hadrianische Bibliothek: Oxy. I 34 Verso.
14. M. Petronius Mamertinus, a. 133, Anzeige über den Konvent: Ryl. II 74, vgl. Archiv VI 373.
15. [Derselbe, a. 133/4, über Quittungen: Fay. 21, 3—7.]
16. Derselbe, a. 134, über Quittungen (Erweiterung des vorigen Edikts): Fay. 21.
17. Derselbe, a. 133—137, Regelung der Requisitionen: PSI. V 446.
18. [Derselbe, a. 133—137, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 8.]
19. Valerius Eudaemon, a. 142, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 7ff.
20. [Derselbe, a. 142/3, Befreiung der Frauen von γεωϱγία: Oxy. VI 899, 29.]
21. L. Valerius Proculus, a. 145—147, über Versäumnisverfahren: BGU. II 288.
22. M. Sempronius Liberalis, a. 154, Verordnung betreffs Heimkehr in die ἰδία: BGU. II 372 = W. Chrest. 19.
23. L. Mantennius Sabinus, a. 193, Festansage wegen Thronbesteigung des Pertinax: BGU. II 646 = W. Chrest. 490.
24. [Magnius Felix Crescentillianus, zwischen 197 und 199/200[2]), über Gymnasiarchie und Agoranomie: Oxy. IX 1185, 3ff. Nur das Begleitschreiben erhalten.]

---

[1]) So (statt Φλάουιος) liest jetzt Grenfell, The Years Work in classical studies 1919, S. 8 A. 2 (SA.), wie übrigens schon A. Stein, Hermes 53, 431 postuliert hatte. Ferner ιγ statt κγ (Grenf.). Damit verschwindet der Fl. Sulpicius Similis von 182.

[2]) Nach Joh. Hasebroek, Untersuchungen zur Geschichte des Kaisers Septimius Severus, 1921, S. 122 gehört P. Oxy. IV 705, der



25. [Q. Maecius Laetus, Edikt zum Zensus von 201/2: Oxy. VIII 1111, 3; II 2.]
26. [Subatianus Aquila, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 201/2: Gen. 16, 18ff.]
27. Derselbe, a. 206, gegen Erpressungen usw.: Oxy. VIII 1110.
28. Baebius Iuncinus, a. 210—214, über Aufspüren der Räuber: Oxy. XII 1408.
29. [Aurelius Antinous, Edikt zum Zensus von 215/6: W. Chrest. 207, 6; 209, 10.]
30. [Valerius Datus, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 215/6: BGU. 159, 6 = W. Chrest. 408.]
31. Flavius Valerius Pompeianus, a. 287, über *κηδεμόνες*: Oxy. VI 888, 1ff.
32. Flavius Eutolmius Tatianus, a. 367—370, gegen das Anrufen der praepositi: Oxy. VIII 1101.
33. Aurelius Herodes, Präses der Thebais, IV. Jahrh., gegen das Peitschen von Freien: Oxy. IX 1186.

Für die Frage der Geltungsdauer scheiden diejenigen Edikte aus, deren Anordnungen an sich nur vorübergehende Wirkung haben sollten (spezielle Edikte), so diejenigen, die alljährlich über den Konvent erlassen wurden (vgl. Nr. 14), oder die alle 14 Jahre den Zensus ankündigten (Nr. 25. 29) resp. zum Zweck des Zensus zur Heimkehr in die *ἰδία* aufforderten (Nr. 10. 26. 30) oder aus Anlaß von Unruhen die Heimkehr verfügten (Nr. 22) oder ein

---

den Laetus nennt, ins Jahr 199/200. Sein Nachweis (S. 117ff.), daß die ägyptische Reise des Severus in dieses Jahr 199/200 fällt und nicht in 202, wie bisher nach vit. Sev. 16, 9 angenommen wurde, hat u. a. die Wirkung, daß die zahlreichen aus 199/200 stammenden Kaiserreskripte während des Aufenthaltes in Ägypten vom Kaiser gegeben sind, so daß die von mir im Hermes 55, 21ff. für sie angenommene Vermittlung durch den Statthalter fortfällt (vgl. Hermes l. c. 27). Letztere bleibt bestehen für die Fälle, in denen der Kaiser nicht in Ägypten weilte, wie für Oxy. XII 1407, 1—8 (aus Neapolis). Zugleich fällt die Möglichkeit fort, den Widerspruch der Propositionsdaten in BGU. 267 und Straßb. 22 durch die Annahme zu lösen, daß das frühere Datum auf die Proposition in Rom gehe, da das Reskript von vornherein in Alexandria proponiert ist. Es muß also ein Versehen vorliegen.

kehr zum Zensus von 103/4: Lond. III S. 125 = W. Chrest. 202.

11. Servius[1]) Sulpicius Similis, a. 109, Einschärfung des Edikts des Mettius Rufus Nr. 9a: Oxy. II 237 VIII 21ff., vgl. IV 36ff.
12. [M. Rutilius Lupus, ca. 117, über die Juden: Par. 68 = Abh. Sächs. Ges. W. 1909, S. 808/9 Z. 4ff.]
13. T. Flavius Titianus, a. 127, zwei Edikte über die Hadrianische Bibliothek: Oxy. I 34 Verso.
14. M. Petronius Mamertinus, a. 133, Anzeige über den Konvent: Ryl. II 74, vgl. Archiv VI 373.
15. [Derselbe, a. 133/4, über Quittungen: Fay. 21, 3—7.]
16. Derselbe, a. 134, über Quittungen (Erweiterung des vorigen Edikts): Fay. 21.
17. Derselbe, a. 133—137, Regelung der Requisitionen: PSI. V 446.
18. [Derselbe, a. 133—137, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 8.]
19. Valerius Eudaemon, a. 142, über Schuldenzahlungen: Oxy. II 237 VIII 7ff.
20. [Derselbe, a. 142/3, Befreiung der Frauen von *γεωργία*: Oxy. VI 899, 29.]
21. L. Valerius Proculus, a. 145—147, über Versäumnisverfahren: BGU. II 288.
22. M. Sempronius Liberalis, a. 154, Verordnung betreffs Heimkehr in die *ἰδία*: BGU. II 372 = W. Chrest. 19.
23. L. Mantennius Sabinus, a. 193, Festansage wegen Thronbesteigung des Pertinax: BGU. II 646 = W. Chrest. 490.
24. [Magnius Felix Crescentillianus, zwischen 197 und 199/200[2]), über Gymnasiarchie und Agoranomie: Oxy. IX 1185, 3ff. Nur das Begleitschreiben erhalten.]

---

[1]) So (statt *Φλάουιος*) liest jetzt Grenfell, The Years Work in classical studies 1919, S. 8 A. 2 (SA.), wie übrigens schon A. Stein, Hermes 53, 431 postuliert hatte. Ferner *ιγ* statt *κγ* (Grenf.). Damit verschwindet der Fl. Sulpicius Similis von 182.

[2]) Nach Joh. Hasebroek, Untersuchungen zur Geschichte des Kaisers Septimius Severus, 1921, S. 122 gehört P. Oxy. IV 705, der



25. [Q. Maecius Laetus, Edikt zum Zensus von 201/2: Oxy. VIII 1111, 3; II 2.]
26. [Subatianus Aquila, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 201/2: Gen. 16, 18ff.]
27. Derselbe, a. 206, gegen Erpressungen usw.: Oxy. VIII 1110.
28. Baebius Iuncinus, a. 210—214, über Aufspüren der Räuber: Oxy. XII 1408.
29. [Aurelius Antinous, Edikt zum Zensus von 215/6: W. Chrest. 207, 6; 209, 10.]
30. [Valerius Datus, Aufforderung zur Heimkehr zum Zensus von 215/6: BGU. 159, 6 = W. Chrest. 408.]
31. Flavius Valerius Pompeianus, a. 287, über *κηδεμόνες*: Oxy. VI 888, 1ff.
32. Flavius Eutolmius Tatianus, a. 367—370, gegen das Anrufen der praepositi: Oxy. VIII 1101.
33. Aurelius Herodes, Präses der Thebais, IV. Jahrh., gegen das Peitschen von Freien: Oxy. IX 1186.

Für die Frage der Geltungsdauer scheiden diejenigen Edikte aus, deren Anordnungen an sich nur vorübergehende Wirkung haben sollten (spezielle Edikte), so diejenigen, die alljährlich über den Konvent erlassen wurden (vgl. Nr. 14), oder die alle 14 Jahre den Zensus ankündigten (Nr. 25. 29) resp. zum Zweck des Zensus zur Heimkehr in die *ἰδία* aufforderten (Nr. 10. 26. 30) oder aus Anlaß von Unruhen die Heimkehr verfügten (Nr. 22) oder ein

---

den Laetus nennt, ins Jahr 199/200. Sein Nachweis (S. 117ff.), daß die ägyptische Reise des Severus in dieses Jahr 199/200 fällt und nicht in 202, wie bisher nach vit. Sev. 16, 9 angenommen wurde, hat u. a. die Wirkung, daß die zahlreichen aus 199/200 stammenden Kaiserreskripte während des Aufenthaltes in Ägypten vom Kaiser gegeben sind, so daß die von mir im Hermes 55, 21ff. für sie angenommene Vermittlung durch den Statthalter fortfällt (vgl. Hermes l. c. 27). Letztere bleibt bestehen für die Fälle, in denen der Kaiser nicht in Ägypten weilte, wie für Oxy. XII 1407, 1—8 (aus Neapolis). Zugleich fällt die Möglichkeit fort, den Widerspruch der Propositionsdaten in BGU. 267 und Straßb. 22 durch die Annahme zu lösen, daß das frühere Datum auf die Proposition in Rom gehe, da das Reskript von vornherein in Alexandria proponiert ist. Es muß also ein Versehen vorliegen.

Freudenfest aus Anlaß eines Thronwechsels anordneten (Nr. 23).

Betrachten wir dagegen die generellen Edikte auf ihre Geltungsdauer hin, so begegnen wir zunächst einigen Fällen, in denen sich Parteien auf weit zurückliegende Edikte früherer Statthalter berufen. So wird in einem Prozeß im Jahre 154 das Edikt des Ti. Julius Alexander Nr. 8 vom Jahre 68/9, wie auch das des Eudaemon Nr. 20 vom Jahre 142/3 vorgelegt, und das hierüber geführte Verhandlungsprotokoll wird gar noch ums Jahr 200 als *δικαίωμα* in einer Klagschrift mitgeteilt. Ebenso wird in der Klagschrift der Dionysia vom Jahre 186 das Edikt des Similis vom Jahre 109 (Nr. 11) und das des Eudaemon vom Jahre 142 (Nr. 19) im Wortlaut eingefügt. Der Einwand, daß diese Verwendung der alten Edikte für ihre rechtliche Gültigkeit nichts beweise, da ja die Parteien irrige Vorstellungen von ihrer Geltungsdauer haben könnten, wird schon durch die Überlegung erschüttert, daß solche Eingaben wie Oxy. II 237 und VI 899 und Vorlagen wie in Oxy. VI 899, 28/9 nicht ohne juristischen Beistand gemacht sind. Die juristischen Berater dieser Parteien haben also diese alten Edikte herausgesucht in der Überzeugung, daß sie zugunsten ihrer Klienten wirksam seien. Noch wichtiger aber ist, daß in dem Prozeß vom Jahre 154 der die Verhandlung führende Vorsitzende (Parmenio, Amt unbekannt) jene alten Edikte des Ti. Alexander und Eudaemon nicht nur verlesen läßt, sondern dann auch *ἀκολ[ούθω]ς τ[οῖς] ἀναγνωσθεῖσι* (Z. 30) entscheidet, sie also seiner Urteilsfindung zugrunde legt. Das ist ein Tatbestand, der die rechtliche Gültigkeit der ägyptischen Statthalteredikte über die Amtszeit hinaus zweifellos macht[1]), und uns als Basis dienen kann in Fällen, wo ein Zweifel möglich ist.

[1]) Weiß, der im übrigen zu demselben Ergebnis kommt, will speziell auf diesen Fall in Oxy. VI 899 kein Gewicht legen, weil es sich um ein Verwaltungsstreitverfahren (Heranziehung der Frauen zur Zwangspacht) handelt (S. 85). Aber solche Edikte werden doch keine andere Geltung gehabt haben als diejenigen, die etwa Fragen des Privatrechts regelten. Die Anerkennung durch den Richter (s. oben) hat Weiß nicht besonders hervorgehoben, sondern spricht nur von der Heranziehung solcher Edikte im Prozeß.



Prüfen wir weiter an der Hand unserer Liste, wie sich die Präfekten beim Edizieren zu den Edikten der früheren Statthalter stellen. In Nr. 5 sagt Capito: *ὑποκείμενόν*[1]) *τε μηδένα μηδὲν πράττειν ἔξω τῶν ὑπὸ Μαξίμου σταθέντων.* Zumal das Wort *ἵστημι* auch sonst in den Edikten als Befehlswort begegnet[2]), zweifle ich nicht, da auch sonst diese Materie durch Edikt geregelt wird (vgl. Nr. 4. 5. 17, auch das erste Edikt des Germanicus), daß hier auf ein Edikt des Maximus hingewiesen wird (Nr. 2). Capito übernimmt also ohne weiteres die Ausnahmen, die einst in Augustus' Zeiten Maximus in dieser Sache festgestellt hatte. Er erkennt sie als auch jetzt noch gültig an und beschränkt sich dabei auf diesen kurzen Hinweis mit den obigen Worten, wobei recht bemerkenswert ist, daß er die Kenntnis der Detailbestimmungen jenes alten Ediktes bei den durchmarschierenden Truppen als bekannt voraussetzt. Auch dieser Fall bestätigt das obige Ergebnis.

Andererseits bietet die Liste mehrere Beispiele dafür, daß eine und dieselbe Rechtsfrage durch mehrere Präfekten nacheinander geregelt wird, und zwar in demselben Sinne.

---

[1]) Vgl. Martin, Les épistratèges, 1911, S. 143.

[2]) Vgl. Ti. Alexander Nr. 7a Z. 31, 38, 61. Angeregt durch Karlowa, R. Rechtsg. I 647, der betont, daß die kaiserlichen Edikte den Imperativ der Leges vermeiden und sich bescheiden äußern (*placet, arbitror, censeo* u. dgl.), habe ich die obigen Statthalteredikte auf ihre sprachliche Form hin untersucht. Für sie ist, im Gegensatz zu jenen, charakteristisch, daß das schärfste Befehlswort, *κελεύω*, in ihnen besonders häufig ist: Capito Nr. 5 Z. 21. 66. Alexander Nr. 7a Z. 16. 21. 35. 41. 53. Mettius Rufus Nr. 9 Z. 31. Titianus Nr. 13, I 16, III 9. Petronius Nr. 16 Z. 4. 12. Eutolmius Nr. 32 Z. 24. Daneben findet sich *ἐ[π]ικελεύσομαι*: Alexander Nr. 7 Z. 44. *παραγγέλλω*: Alexander Nr. 7a Z. 52. Mettius Rufus Nr. 9 Z. 36. 41. Mamertinus Nr. 17 Z. 10. Eudaemon Nr. 19 Z. 12. *προτρέ[πομαι]* Liberalis Nr. 22 Z. 9. Der Imperativ ist hier durchaus geläufig: Rectus Nr. 4 Z. 2. Capito Nr. 5 Z. 34. 50. 59. Mettius Rufus Nr. 9 Z. 33. 34. 39. Titianus Nr. 13 I 4ff. Liberalis Nr. 22 Z. 16. Pompeianus Nr. 31 Z. 3. Eutolmius Nr. 32 Z. 19. 22. Die Strafen werden gern mit dem Indicativus Futuri ausgedrückt: Rectus Nr. 4 Z. 11. Capito Nr. 5 Z. 29. Lusius Nr. 6 Z. 18. Alexander Nr. 7a Z. 40. 55. 59. Eudaemon Nr. 19 Z. 15. Liberalis Nr. 22 Z. 22. Aquila Nr. 27 Z. 15. Das ist ein so fester Gebrauch, daß ich jetzt vorziehe, in Nr. 3 (Flaccus) Z. 11 *θανάτωι ἔνοχος ἔσ[ται* zu ergänzen statt *ἔσ[τω*.

Solche Wiederholungen könnten an sich zu der Annahme führen, daß sie notwendig gewesen seien, da die früheren Edikte mit Ablauf der Amtszeit außer Kraft getreten seien. Aber unser obiges Resultat nötigt uns, für diese Fälle andere Erklärungen zu suchen. So haben wir nicht weniger als drei Edikte, die sich gegen die Übergriffe bei den Requisitionen (*ἄνευ διπλώματος*) richten, Nr. 4 (a. 42), Nr. 5 (a. 48) und Nr. 17 (a. 133—137), zu denen nach Obigem vielleicht auch noch das Edikt des Maximus (Nr. 2) zu stellen ist. Abgesehen von dem Zitat des Maximus bei Capito, nehmen sie keinen Bezug aufeinander. Hier dürften sich die Wiederholungen einfach dadurch erklären, daß die schon früher verbotenen Mißstände sich wiederholt haben. Nichts nötigt zu der Annahme, daß die älteren Edikte rechtlich ihre Gültigkeit verloren hätten. Sie sind nur übertreten worden trotz ihrer Gültigkeit, und dadurch sieht sich der spätere Präfekt genötigt, diese Mißstände von neuem zu verbieten, wobei es ihm freisteht, ob er die früheren ähnlichen Edikte erwähnen will oder nicht. Dieselbe Erklärung genügt auch für die anderen ähnlichen Fälle, so, wenn es von Eudaemon in Nr. 20 heißt, er habe bezüglich der Befreiung der Frauen von der Zwangspacht (*γεωργία*) dasselbe (*τὸ αὐτό*) befohlen wie Ti. Alexander in Nr. 8, oder wenn Eudaemon in seinem andern Edikt über die Schuldenrückzahlungen (Nr. 19) sich auf das schöne Beispiel beruft, das ihm Mamertinus in seinem Edikt Nr. 18 gegeben habe, worauf er auf die von ihm selbst beobachteten trotzdem eingerissenen Mißstände hinweist (*καὶ αὐτὸς ἰδίᾳ πεφωρακὼς ὅτι πολλοὶ κτλ.*). Anders verfährt Similis in Nr. 11. Um speziell eine Rechtsfrage betreffs der ägyptischen Frauen zu regeln, beruft er sich auf das viel weiter greifende, aber auch für diese Spezialfrage wichtige Edikt des Mettius Rufus (Nr. 9) und fügt — anders, und zwar praktischer als Capito im Falle Maximus (s. oben S. 141) — eine Kopie dieses Ediktes bei.[1]) Hier ist kein

---

[1]) Weiß S. 84 erklärt diese Republikation aus dem großen Zeitabstand zwischen den beiden Edikten. Diese Motivierung fällt mit der jetzigen Datierung des Similisedikts, wonach nur 20 Jahre, nicht 97, dazwischen liegen, fort; s. oben S. 138 A. 1.

Zweifel, daß Similis nicht etwa ein außer Kraft getretenes Edikt erneuert, sondern ein noch gültiges in Erinnerung bringt, wie er denn erklärt, ihm folgen zu wollen (*φανερὸν ποιῶν κατακολουθεῖν τοῖς ὑπὸ Μεττίου Ῥούφου κτλ.*, vgl. IV 37 *Σιμίλιδος — κατακολουθήσαντος Μεττίου Ῥούφου διατάγματι*). Ein Edikt, dem man folgt, muß aber gültig sein.

Unser Resultat wird endlich auch nicht verändert durch die Fälle, in denen Präfekten auf die übereinstimmenden Entscheidungen ihrer Vorgänger ohne Namensnennung hinweisen, wie in Oxy. II 237 VIII 30/1[1]) und im Edikt des Ti. Alexander Z. 25, oder die Parteien in ihren Eingaben in ähnlicher Weise sich auf die übereinstimmenden Entscheidungen der Statthalter berufen, wie in BGU. I 15 = W. Chrest. 393, 9f., Oxy. II 237 VI 6/7, VII 17/8, BGU. III 970 = M. Chrest. 242, 10, vgl. 23, Flor. 61 = M. Chrest. 80, 45, vgl. Oxy. VI 899, 25. Wenn es auch nirgends gesagt ist, außer in dem letzten Falle (vgl. Z. 28), daß Edikte gemeint sind, so ist dies doch das Wahrscheinlichste. Wenn die Parteien gelegentlich von allen Statthaltern (und Kaisern) sprechen, so nehmen sie wohl den Mund etwas voll, wie schon Partsch (Arch. V 509) zu BGU. 970 bemerkt hat (vgl. auch Oxy. II 237 VII 17). Wie *τῶν κατὰ καιρὸν ἡγεμόνων* aufzufassen ist, zeigt Oxy. VI 899, 28ff., wo nach dieser Wendung nachher nur zwei Präfekten, Ti. Alexander und Eudaemon, genannt werden. Es sind offenbar oft von verschiedenen Präfekten über dieselbe Materie Edikte erlassen worden, bald in völliger Übereinstimmung, bald mit Modifikationen im einzelnen. Wie oben ausgeführt wurde, wird dies durch die Wiederholung der betreffenden Mißstände hervorgerufen sein.

So glaube ich an dem Ergebnis festhalten zu dürfen, daß die Edikte der Präfekten über ihre Amtsdauer hinaus Gültigkeit hatten. Und wird dies nicht dadurch bestätigt, daß sie gelegentlich in Stein verewigt wurden?[2]) Freilich

---

[1]) Dies mag dem Bericht des Strategen des Oxyrhynchites entnommen sein.

[2]) Vgl. Nr. 5, 6 und 7. Bekanntlich kommt das auch außerhalb Ägyptens vor. Vgl. Costa, l. c.



war das Normale offenbar die vorübergehende Proposition, wie das wohl von den städtischen Edikten, wo es in dem jährlichen Wechsel der Beamten und Edikte begründet war, dem Grundgedanken nach übernommen war. Daher hier der Aushang *in charta* oder wohl auch *in albo*, und daher die Bestimmung in Oxy. VIII 1100, 4, daß das Edikt „nicht weniger als 30 Tage" proponiert werden solle, was mit der Bestimmung des Claudiusediktes bei Ios. Ant. Iud. 19 § 291 völlig übereinstimmt. Natürlich folgt aus dieser Normierung der Propositionszeit der Edikte nichts für ihre Gültigkeitsdauer, denn sonst müßte man ja logischerweise folgern, daß diese Edikte nur 30 Tage gültig gewesen seien. Vielmehr blieben sie nach Obigem auch nach der Beendigung des Aushanges gültig, wie sie auch ihre Publizität behielten. Wir haben ja gelernt, daß die zeitweilig ausgehängten Akten hinterher in die betreffende Registratur aufgenommen wurden und dort Publizität genossen, so daß jeder Interessent sie einsehen konnte.[1]) Daraus erklärt sich eben, daß man noch nach langen Jahren Abschriften von den so aufbewahrten Akten und so auch von den Edikten nehmen und produzieren konnte. Wie sollte aber der Stratege der Oase auf den Gedanken gekommen sein, die Edikte des Capito und Ti. Alexander auf den Pylonen des Tempels zu verewigen, was ihm viele Mühe und Kosten verursacht haben muß, wenn sie nur für die Dauer ihrer Amtszeit Gültigkeit gehabt hätten?

Nach diesen Darlegungen hat es nichts Überraschendes, wenn wir in dem Berliner Papyrus eine Abschrift des Edikts vom Jahre 68 aus der Zeit des Trajan oder Hadrian kennenlernen.

4.

Das Edikt des Ti. Alexander unterscheidet sich von allen anderen Edikten dadurch, daß, während diese eine einzige Rechtsfrage regeln[2]), Alexander eine ganze Fülle von solchen behandelt. Der größeren Bedeutung dieses

---

[1]) Vgl. z. B. die Einleitung zu W. Chrest. 41.

[2]) Nur Capito Nr. 5 scheint von Z. 36 an eine zweite Materie zu behandeln.

Kollektivedikts entspricht es, daß ein feierliches Proömium an die Spitze gestellt ist, wie es kein anderes der obigen Edikte trägt.[1]) Dies Proömium, das in den juristischen Sammlungen nicht mit abgedruckt zu werden pflegt[2]), gibt uns Aufschluß über die Veranlassung zu diesem Edikt. Ich glaube, daß in dieser Hinsicht noch mehr aus dem Text herauszuholen ist, als bisher geschehen ist. Wenn man hier liest, daß Alexander die Beschwerden, mit denen er bestürmt worden sei, seitdem er „die Stadt betrat", d. h. seitdem er sein Amt antrat (Dig. I 17), nunmehr durch Edikt erledigen wolle, nachdem er sie vorher in der Praxis nach Kräften berücksichtigt habe, so gewinnt man leicht die Vorstellung, daß diese große ediktale Kundgebung aus dem Anfang seiner Statthalterschaft stammt, und so hat z. B. v. Bissing, l. c. S. 17 gemeint, Alexander sei nach dem Tode Neros zum Präfekten ernannt worden. Es steht aber durch Ios. b. Jud. II 309 (vgl. 492) fest, daß er bereits von Nero im Jahre 66 zum Statthalter gemacht war[3]), eine übrigens oft zitierte Tatsache, die gleichwohl zum tieferen Verständnis des Edikts noch kaum verwertet ist. Er war also bereits $1^1/_2$—2 Jahre im Amt, als er am 6. Juli 68 sein großes Edikt veröffentlichte. Aber er stand nicht mehr als Stellvertreter des Nero vor den Alexandrinern. Am 9. Juni dieses Jahres hatte sich Nero töten lassen, nachdem er abgesetzt und verurteilt war. Am selben Tage war schon Galba vom Heer und Senat in Rom anerkannt worden (Plut. Galba 7). Durch die Absetzung Neros hörte natürlich das von ihm dem Alexander gegebene Mandat auf[4]), doch mußte dieser noch bis zum Eintreffen des Nachfolgers in Alexandrien seine Präfektur weiterführen (Dig. I 17). Galba hat ihm jedoch keinen Nachfolger geschickt, sondern hat ihn auf seinem alten Posten belassen resp. ihm seine Statthalterschaft konfirmiert.

---

[1]) Z. 1—26 des Papyrus.

[2]) So in Bruns, Fontes i. R. und bei P. Girard, Textes de droit Romain, 4. Aufl. (1913), S. 175.

[3]) Zum Datum vgl. meine Ostraka I 593 A. 1.

[4]) Mommsen, Staatsr. II[2] S. 1125.

Bisher ist wohl allgemein stillschweigend angenommen worden, daß Ti. Alexander bereits von Galba bestätigt war, als er sein Edikt ausarbeitete. Auch ich habe mir früher dies nicht anders gedacht, schien doch auch die Erwähnung des Galba im Proömium es so zu fordern. Erst jetzt habe ich bemerkt, daß diese chronologische Frage sehr verzwickt liegt.

Als am 9. Juni 68 die Katastrophe des Nero erfolgte und Galba in Rom als Kaiser anerkannt wurde, befand dieser sich in seiner Provinz Hispania Tarraconensis. Am 16. Juni erreichte ihn die erste Nachricht hiervon in Clunia, am Oberlauf des Duero, durch den Freigelassenen Ikelos (ἑβδομαῖος) — mit ungewöhnlicher Schnelligkeit.[1]) Aber er glaubte sie erst, als sie am 18. ihm mit genauerem Detail durch T. Vinius bestätigt wurde (Plut. Galb. 7). Erst nachdem Galba, etwa Ende des Juni, aus Spanien aufgebrochen war, empfing er — wohl im Juli — in Narbo die Senatsgesandtschaft, die ihn offiziell als Kaiser begrüßte (Plut. Galb. 11). In Rom ist er erst im Oktober eingezogen.

Selbst wenn Galba schon auf die Nachricht des T. Vinius hin sofort — sagen wir am 18. oder 19. Juni —, um sich die wichtige Provinz Ägypten zu sichern, an Ti. Alexander geschrieben und ihn zu seinem Statthalter ernannt hätte, entsteht die Frage, ob dieser Brief schon in Alexanders Händen sein konnte, als er am 6. Juli sein Edikt veröffentlichte. Zum Maßstab der Schnelligkeit der Schiffsverbindungen sei, abgesehen von der wegen ihrer Schnelligkeit bewunderten Ikelosbotschaft, darauf hingewiesen, daß von Rom aus eine Nachricht unter den allergünstigsten Umständen in 9—10 Tagen in Alexandrien eintreffen konnte.[2]) Wie vieler Tage es dazu von Clunia aus bedurfte, wage ich nicht mit Bestimmtheit zu berechnen. Setzen wir für die Postverbindung von Clunia, das tief im Innern der Tarraconensis liegt, bis an die Küste etwa zwei Tage an und schätzen wir[3]) für die Seefahrt von Tarraco oder der Ebro-

[1]) Mit Benutzung des Seeweges nach Wolfg. Riepl, Das Nachrichtenwesen des Altertums, 1913, S. 225.

[2]) Riepl a. a. O. S. 230.

[3]) Vgl. auch Plinius h. n. 19, 1, 3, wonach Fahrten von der Meer-



mündung aus nach Alexandrien etwa 14 Tage als das mindeste, so hätte der Brief am 3. oder 4. Juli den Alexander wohl erreichen können. Bedenkt man jedoch, daß bei diesem Ansatz nur mit den allergünstigsten Verhältnissen gerechnet ist und im besonderen mit einer Absendung bereits am 18. oder 19. Juni, so wird man es rein verkehrstechnisch doch für das Wahrscheinlichere halten müssen, daß Alexander am 6. Juli den Brief des Galba noch nicht erhalten hatte.

Aber setzen wir einmal den günstigsten Fall, so liegt es doch wohl auf der Hand, daß Alexander nicht in diesen ca. zwei Tagen bis zum 6. Juli eine so umfangreiche Staatsschrift wie die vorliegende ausarbeiten konnte. Andererseits scheint es mir so gut wie sicher zu sein, daß eben der Thronwechsel der äußere Anlaß zu diesem ungewöhnlichen Kollektivedikt gewesen ist. Ja, Alexander spricht es eigentlich selbst aus, wenn er im Proömium sagt: Ich habe dies Edikt aufgesetzt, damit ihr vertrauensvoll alles Gute vom neuen Kaiser Galba erwartet (Pap. Z. 14ff.).

Nun läßt sich aber auch sehr wahrscheinlich machen, daß Alexander schon einige Zeit vor dem 6. Juli Veranlassung zur Ausarbeitung des Edikts erhalten hat. Bei seiner Stellung und seinen weiten Beziehungen dürfen wir es als so gut wie sicher annehmen, daß, schon ehe er die Botschaft von Galba erhielt, er von Rom aus direkt über die Vorgänge vom 9. Juni benachrichtigt worden war. Diese Nachricht kann nach Obigem schon am 20. Juni in Alexandrien eingetroffen sein. Neros Sturz, durch den auch seine Stellung gefährdet war (s. oben), konnte ihn auf den Gedanken bringen, in einem großen Edikt, in dem er auf alle seit seinem Amtsantritt (66) an ihn gerichteten Beschwerden und Wünsche einging, sich als den für das Wohl der Alexandriner unersetzlichen Lenker des Landes hinzustellen. Er konnte aber auch zugleich beabsichtigen, durch eine solche Veröffentlichung das neue Regiment des Galba glänzend in Ägypten einzuführen, dies namentlich, falls er etwa schon vorher Zusicherungen von Galba bezüglich der Konfirmie-

---

enge von Messina nach Alexandrien in sieben oder gar sechs Tagen als höchste Rekordleistungen bezeichnet werden.

rung seines Amtes erhalten hatte. Und letzteres ist nicht unmöglich. Galba hatte sich ja bereits Anfang April in Spanien unter dem eigenartigen Titel eines *legatus senatus populique Romani* von der Neronischen Herrschaft losgesagt (Suet. Galb. 10, Plut. Galb. 5), und wenn er auch vor der Absetzung des Nero dem Alexander sicherlich kein rechtsgültiges Mandat geben konnte, so konnte er doch, um sich die für jeden neuen Kaiser wichtigste Provinz Ägypten zu sichern, ihm schon Versprechungen für den Fall des Gelingens der Revolution machen. Sagt doch Sueton, Galb. 10 in bezug auf dieses Stadium des Galba: *Etiam per provincias edicta dimisit, auctor singulis universisque conspirandi simul, et ut qua posset quisque opera communem causam iuvarent.* So wäre es möglich, daß Alexander heimlich[1]) schon sozusagen eine Eventualkonfirmation in der Tasche hatte, als er um den 20. Juni die Nachricht vom Ende des Nero erhielt. Wie dem auch sei, jedenfalls erkennen wir in dem Proömium die Tendenz, die neue Regierung zu feiern und die Ergebenheit des Alexander gegenüber dem neuen Herrn zu dokumentieren. So wird Galba als das aufleuchtende neue Licht[2]) und der Wohltäter zum Heil des ganzen Menschengeschlechts[3]) gepriesen (Pap. Z. 15ff.), und die Gegenwart als die glückselige, von den Göttern besonders geschützte Zeit hingestellt (Pap. Z. 6/7, 25/6). Wie das Proömium eine Huldigung vor Galba ist, so schließt auch das Edikt mit dem Hinweis, daß ihrer aller Heil abhänge von seiner διηνεκὴς εὐεργεσία καὶ πρόνοια (Z. 65).

Hiernach ist es mir nicht unwahrscheinlich, daß Alex-

---

[1]) Wenn solche Abmachungen vorlagen, können sie nur geheim gehalten sein, denn Nero hätte nicht zuguterletzt auf den Gedanken kommen können, sich nach Ägypten zurückzuziehen (Suet. Nero 47), wenn er gewußt hätte, daß diese Provinz schon in der Hand des Galba war.

[2]) Diese Phrase ἐπιλάμπειν (vgl. Dittenbergers Note) stammt schon aus der hellenistischen Rhetorik. Vg. Ditt. Or. Gr. I 194, 20 und dazu Ed. Norden, Die antike Kunstprosa I 146 A. 1, der diesen Text zum asianischen Stil zählt.

[3]) Diese Wendung geht offenbar auf die Befreiung von Neros Schreckensherrschaft. Dieselbe Auffassung findet sich z. B. in der Aufforderung des Vindex an Galba, *ut humano generi assertorem ducemque se accommodaret* (Suet. Galb. 9).



ander, wenn er um den 20. Juni die Nachricht vom Sturz des Nero und von der Proklamierung des Galba aus Rom erhalten hatte, alsbald an die Ausarbeitung unseres Edikts gegangen ist, das er dann vor dem 6. Juli zu Ende zu führen genug Zeit hatte, zumal wenn wir annehmen, daß manche der Beschwerdepunkte schon vorher in seinem Bureau sachlich bearbeitet gewesen sein werden.

Fraglich bleibt nach Obigem nur noch, ob er am 6. Juli bereits die offizielle Konfirmierung von Galba erhalten hatte oder nicht. Staatsrechtlich einwandsfrei wäre sein Verhalten wohl nur im ersteren Falle gewesen. Zwar die Proklamierung des neuen Kaisers in Alexandrien, die das Edikt, im besonderen auch die Datierung nach dem 1. Jahr des Galba als vollzogen voraussetzt[1]), konnte er — zum mindesten in diesem Falle, wo über die Annahme des Imperium kein Zweifel bestehen konnte — vielleicht auch schon auf die römische Nachricht von der Anerkennung Galbas durch den Senat hin riskieren, aber als den Statthalter, der künftig ganz im Einvernehmen mit Galba das Land regieren werde (Pap. Z. 22ff. und Inschr. Z. 64), durfte er sich doch erst hinstellen, wenn sein Amt von Galba offiziell konfirmiert war. Nachdem wir jedoch gesehen haben, daß Alexander womöglich schon früher dahingehende Zusagen von Galba erhalten hatte, könnte man es verstehen, wenn er, ohne das Schreiben des Galba abzuwarten, etwa die Eröffnung des alexandrinischen Konvents, die in den Anfang Juli zu fallen pflegte (Arch. IV 418f.), zum Anlaß für die Publikation seines in Eile vollendeten Edikts genommen hätte. Doch völlig ausgeschlossen ist es ja nach Obigem nicht, daß er am 6. Juli den Brief des Galba soeben erhalten hatte und dies eben den Anstoß zur sofortigen Publikation gab.

Durch die Heranziehung der politischen Weltlage gewinnt das Edikt des Ti. Alexander an Interesse, insofern es uns als ein Mittel des ehrgeizigen Statthalters zur Behauptung seiner Stellung erscheint, und von hier aus erklärt sich auch, wovon wir ausgingen, die Sonderstellung dieses

[1]) Vgl. zu den Beziehungen der Daten zu den Proklamationen durch die Präfekten v. Domaszewski, Sitz. Heid. Akad. 1917, 1. Abh. S. 5.



gewaltigen Kollektivedikts. Seine diplomatische Geschicklichkeit bewies Alexander auch weiterhin in den Stürmen dieses Vierkaiserjahres. Mochte Galba, Otho oder Vitellius[1]) regieren, Ti. Alexander blieb fest auf seinem Statthalterposten. Der Höhepunkt war aber doch, daß er am 1. Juli 69 als erster seine Truppen den Fahneneid auf Vespasian schwören ließ. Dadurch hat er in die Weltgeschichte eingegriffen, denn Vespasian hat diesen Tag als seinen *dies imperii* gefeiert. Die Belohnung folgte sehr bald in der Abkommandierung zum Generalstabschef des Titus.

5.

Nach den Statthalteredikten sei es mir anhangsweise gestattet, noch auf jenes Kaiseredikt zu sprechen zu kommen, aus dem oben S. 129 der Ausdruck *δόγμα* für „Edikt" zitiert wurde. Es ist das bekannte Edikt über das aurum coronarium, das Grenfell-Hunt-Hogarth 1900 als P. Fay. 20 herausgegeben haben. Die Editoren bezogen das Edikt, unter dem das Datum (ἔτους) *α Παῦνι λ̄* steht, auf Severus Alexander. H. Dessau dagegen hat es auf Julian bezogen[2]) und hat damit allgemeinen Beifall gefunden.[3]) Sogar die Herausgeber selbst sind schwankend geworden; schreiben sie doch in P. Oxy. XII S. 115: „P. Fay. 20 (Julian?)."[4]) Ich bin jetzt durch jenen Gebrauch von *δόγμα* zu einer erneuten Nachprüfung dieser Datierung angeregt worden und bin zu dem Ergebnis gekommen, daß die Datierung der englischen Herausgeber die richtige war. Gegen Julian spricht folgendes:

1. Im Anfang der bis auf vier kleine Fragmente verlorenen ersten Kolumne stand der Kaisername. Von diesem haben die Editoren entziffert (s. S. 117) in Z. 3 *Εὐσε]βής*

---

[1]) Daß auch Vitellius zeitweise in Ägypten anerkannt war, wofür bisher nur alexandrinische Münzen sprachen, zeigt jetzt ein Ostrakon aus Upsala vom 10. Juli 69 (Elephantine). Edid. Lagercrantz, Sphinx 8 (1904) S. 161 = Preisigke, Sammelbuch 1931. Vgl. Archiv IV 249.

[2]) Revue de phil. 1901 S. 285ff.

[3]) So Bruns, font. [7] n. 96. Vgl. auch meine Zustimmung im Archiv II 169. Vorsichtiger Mommsen zu Cod. Theod. XII 13, 1.

[4]) Dabei stellen sie den Text hinter Aurelian und *early fourth century*.

Εὐτυχ[ὴ]ς Σεβαστός und in Z. 4 *]τατος [πα]τὴρ πατρίδο[ς.* Für letzteres ist aber zweifellos, wie schon S. de Ricci erkannt hat[1]), *ὕ]πατος π. π.* zu lesen, wie die Analogie zahlloser Kaisertitulaturen notwendig verlangt und auch von den Edd. inzwischen als *possible* zugegeben ist.[2]) Damit ist aber die Streitfrage bereits zugunsten des Alexander vollständig erledigt, und Julian, was merkwürdigerweise niemand bemerkt hat, ganz ausgeschlossen, denn jener war in der Tat, als er Alleinherrscher wurde (222), cos. p. p., also Konsul zum erstenmal, dieser dagegen cos. III!

2. Der Kaiser des Edikts sagt Z. 5ff., die wirtschaftliche Lage des Reiches erlaube ihm nicht, zu verzichten auf das aurum coronarium, das noch von früherer Zeit her geschuldet werde[3]) oder ihm aus Anlaß seiner Ernennung zum Caesar von den Städten dekretiert sei oder noch dekretiert werden würde (Z. 8 *ἐψηφισμέ⟨ν⟩α πρότερον καὶ ἔτι ψηφισθησόμε⟨ν⟩α*).[4]) Die letztere Aussicht auf noch weitere *ψηφίσματα* aus Anlaß des Caesar ist an sich nach Übernahme des Imperiums befremdlich, aber immerhin zur Not verständlich, wenn die Alleinherrschaft, für deren Antritt der Kaiser jetzt auf die *στέφανοι* verzichtet, sehr schnell auf die Ernennung zum Caesar gefolgt ist. Das trifft für Alexander zu, der am 10. resp. 11. Juli 221[5]) Caesar wurde und schon am 11. März 222 die Alleinherrschaft antrat. Dagegen war Julian 355 Caesar geworden und wurde erst 360 von den Soldaten als Augustus ausgerufen und 361 allgemein anerkannt. Wie wäre es denkbar, daß er noch jetzt nach sechs Jahren damit rechnen könnte, daß manche

---

[1]) Rev. archéol. XXXVIII (1901) S. 318. Er kannte noch nicht die These von Dessau, sah aber mit Recht in *ὕ]πατος* *un dernier argument s'il en était besoin* für Severus Alexander.

[2]) Oxy. IV S. 263.

[3]) Wenn man mit Wilamowitz in 6 *καὶ εἴ τι* schreibt, darf man nicht vorher das von den Edd. hinzugefügte *ὅσα* stehenlassen, wie in Bruns, fontes. Ebenso ist *τὴν ἐμήν* bei Bruns Z. 4 zu streichen, da Büchelers *ζηλοῦν* (für *τηνουν*) aufgenommen ist.

[4]) So bei Bruns, l. c. emendiert statt *ἐψηφίσμεθα* und *ἐψηφισθησόμεθα.* Diese Verwechselung der Endungen *μενα* und *μεθα* ist mir öfter begegnet.

[5]) Vgl. v. Domaszewski, Sitz. Heid. Akad. 1917, 1. Abh., S. 7.

Städte ihm künftig noch aus Anlaß seines Caesar Kranzgelder dekretieren würden? Beziehen wir den Text auf Severus Alexander, so wird das Edikt bald nach dem 11. März 222 erlassen sein.[1]) Das Datum, das unsere Abschrift trägt (30. Payni = 24. Juni 222), ist, da es nach dem ägyptischen Kalender rechnet, natürlich nicht das Datum des Edikts, sondern wahrscheinlich das der Propositio in Alexandrien.[2])

3. Die Editoren sagen S. 117, daß *in the penultimate column* die Enden der ersten drei Zeilen erhalten seien[3]), und zwar]ς,]ημαι und] . . ι. Da sie dann zu dem Ergebnis kommen, daß der Edikttext überhaupt nur zwei Kolumnen gehabt hat, so fällt diese „vorletzte" Kolumne mit der „ersten" zusammen, in deren vier ersten Zeilen das Präskript mit dem Kaisernamen gestanden hat (s. S. 150/1). Wenn aber die angeführten Zeilenenden in die Kaisertitulatur gehören, ist wohl klar, daß ημαι verlesen ist für ημαρ, nämlich δ]ημαρ[χικῆς ἐξουσίας. Auch dies spricht gegen Julian, da dieser in den Inschriften von 361/2 keine trib. pot. führt.[4]) Dagegen lassen sich die Angaben der Herausgeber über diese vier ersten Zeilen für Severus Alexander zu einem völlig normalen Text vereinigen, wobei nur anzunehmen ist, daß die angeführten Zeilenenden nicht Z. 1—3, sondern 2—4 angehören. Z. 1 wird etwas kürzer gewesen sein, so daß sie auf dem Fragment keine Spur hinterlassen konnte.[5]) Ob die Rekonstruktion des Präskripts, die ich hiernach wage, richtig ist, wird am Original leicht festzustellen sein. Vielleicht gelingt es nach dieser Vorlage auch der Kunst der Editoren, noch einige von den *exiguous vestiges* in Z. 1—2 zu entziffern. Nach Heranziehung lateinischer und griechischer Parallelen schlage ich folgenden Text vor:

[1]) Die Neubesetzung der Statthalterposten ist schon vorhergegangen (Z. 17).

[2]) Ähnlich Dessau, der aber eher an eine Publikation im Faijûm denkt. — Bei dem Edikt Caracalles Giss. 40 II (Novelle) liegen zwischen der Propositio in Rom und der in Alexandrien sieben Monate.

[3]) In der Photographie ist nichts davon zu sehen. Sie stehen wohl auf einem dorthin passenden Fragment.

[4]) Vgl. Dessau, Inscr. Lat. Sel. III S. 311.

[5]) In der folgenden Rekonstruktion hat Z. 1 52 Buchstaben, Z. 2 53.

1 [*Αὐτοκράτωρ Καῖσαρ θεοῦ Μεγάλου*[1]) *Ἀντωνίνου Εὐσεβοῦς υἱὸς θεοῦ*]
2 [*Σεπτιμίου Σεουήρου Εὐσεβοῦς υἱωνὸς*[2]) *Μᾶρκος Αὐρήλιος Σεουῆρο*]*ς*
3 [*Ἀλέξανδρος Εὐσε*]*βὴς Εὐτυχ*[*ὴ*]*ς Σεβαστὸς* [*ἀρχιερεὺς μέγιστος δ*]*ημαρ-*
4 [*χικῆς ἐξουσίας ὕ*]*π̣ατος* [*πα*]*τὴρ πατρίδο*[*ς λέγει· . . . .*] *. . ι*

4. Endlich spricht die Schrift, die die Herausgeber auf 270 bis 350 taxieren, gegen Julian. Dessau meinte zwar, wenn 350 zugegeben werde, könne es auch 362 geschrieben sein. Das wäre zutreffend, wenn der Text auf das Jahr 350 taxiert wäre, aber die Herausgeber sprechen von einer „Periode" von 270 bis 350, und da bedeutet doch 350 den äußersten möglichen Termin. Ich selbst würde übrigens Bedenken tragen, bis auf 350 herunterzugehen. Wenn aber der Papyrus, wie schon die Herausgeber annahmen, eine um einige Generationen jüngere Abschrift eines Edikts von 222 darstellt, so haben wir oben ja genug Beispiele für eine solche spätere Hervorholung älterer Edikte kennengelernt.

Hiernach darf wohl die Julianhypothese als erledigt gelten, und es treten wieder alle die Argumente in ihre Rechte, die die Herausgeber scharfsinnig für die Datierung auf Severus Alexander ins Feld geführt haben. Auf diese braucht hier nicht noch einmal eingegangen zu werden, dagegen möchte ich noch einige Bedenken, die gegen die Alexanderthese erhoben sind[3]), kurz besprechen.

Wenn die vita Alexandri c. 32 nur von einem Erlaß des aurum coronarium für die Stadt Rom zu berichten weiß, so werden wir nach Obigem darin nicht mit Dessau

---

[1]) Vgl. Le Bas III 1174. [2]) oder *ἔκγονος*.

[3]) Mein Einwand (Arch. II 169), daß Alexander schon vor der Alleinherrschaft Mitregent und Augustus gewesen sei, wovon das Edikt nichts sage, war nicht zutreffend. Den Augustustitel hat er damals allein nicht geführt, sondern nur zusammen mit Elagabal, und auch dies nicht regelmäßig. Vgl. A. Stein, Z. f. Östr. Gym. 1911, S. 918. Mitregent aber war er als Caesar, und daß er seit der Caesarernennung mitregiert hat, deutet er, wie mir jetzt scheint, in Z. 14 an: *ἀεὶ* [*ἐ*]*πεὶ Καῖσάρ εἰμι καὶ περικέκμηκα κτλ.*

ein Argument gegen die Datierung des Edikts auf Alexander sehen, sondern nur ein neues Indizium für die Unzulänglichkeit dieser vita.[1]) Ebenso unvollständig ist übrigens jenes *coronarium indultum* bei Ammian. Marc. 25, 4, 15, das Dessau, weil es *sans restriction locale* dem Edikt entspreche, als Argument für Julian benutzte. In Wirklichkeit hat Julian bei seinem Regierungsantritt, wie Gothofredus zum Cod. Theod. XII 13, 1 darlegt, an einen Erlaß des aurum coronarium gar nicht gedacht. Nach Eunapius de legationibus C. 215 sind damals viele goldene Kränze aus den Provinzen gekommen, aber daß Julian sie abgelehnt hätte, davon sagt der Autor nichts. Nach Libanius' Epitaphios aber hat Julian nur eine niedrigere Normalhöhe (70 Statere) für den Kranz festgesetzt. Auch das Reskript an den Praef. praet. im Theod. XII 13, 1 handelt ja gar nicht von einem Erlaß des aurum coronarium, sondern es betont nur seinen freiwilligen Charakter und verbietet daher die zwangsweise Auflage *(indictio)*, aber selbst hierfür behält er sich noch die persönliche Entscheidung vor. Unser Edikt dagegen handelt vom Erlassen (*ἀνεῖναι* 13) der Kranzgelder[2]) und stimmt daher auch inhaltlich gar nicht zu den Nachrichten über Julian. Dagegen wird es durch die Urkunden aufs beste bestätigt, wenn wir es auf Alexander beziehen. Konnte doch J. Grafton Milne schon vor Bekanntwerden unseres Edikts lediglich nach den uns erhaltenen *στεφανικά*-Quittungen die Vermutung aufstellen, daß Severus Alexander diese Kranzgelder abgeschafft habe.[3]) Auch die später hinzugekommenen Materialien haben es nur bestätigt, daß diese *στεφανικά*, die sich unter Elagabal geradezu zu einer jährlichen regelmäßigen Abgabe ent-

[1]) Vgl. Hönn, Quellenuntersuchungen zu der vita des Heliogabalus und des Severus Alexander 1911. Bekanntlich hat Dessau selbst Bahn gebrochen für das richtige Verständnis der Scriptores historiae Augustae.

[2]) Es ist also nicht *de non exigendo auro coronario* (Mommsen zur Codexstelle), sondern *de remittendo.* Möglich wäre, daß die verlorene I. Kol. auch von der Freiwilligkeit des a. c. gehandelt hätte. Ob der erste Satz in Col. II (*ὅπως μὴ — εἰστε[λ]εῖν βιασθεῖεν μείζω ἢ δύνανται*) damit zusammenhängt?

[3]) A history of Egypt under Roman rule (1898) S. 228.



wickelt hatten, seit der Alleinherrschaft des Severus Alexander verschwinden.[1]) Wenn sich vereinzelt noch Zahlungen aus dem Anfang des zweiten Jahres Alexanders (Ende 222) finden[2]), so sind das offenbar *στεφανικά*, die noch aus Anlaß seiner Ernennung zum Caesar gezahlt wurden, die er ja, wie das Edikt ausdrücklich sagt, nicht aufgehoben hat. Aber neue hat er aus Anlaß seiner Alleinherrschaft nicht angenommen.

Endlich hat Dessau gegen Alexander den Ton des Edikts angeführt, der *infiniment mieux* für Julian als für jenen passe. Bestechend war, daß er die Ideale, die der Kaiser des Edikts vertritt, die *σωφροσύνη*, *φιλανθρωπία*, *εὐεργεσία*, *κοσμιότης* und *ἐγκράτεια*, tatsächlich in den Schriften des Julian nachweisen konnte. Aber, so grundverschieden auch dieser 14jährige syrische Knabe und eine Persönlichkeit wie Julianus Apostata vor uns stehen, jene sittlichen Ideale werden auch für Alexander bezeugt. Lassen wir beiseite die schwindelhafte vita Alexandri, die A. v. Domaszewski im Sinne hatte, als er in seiner Kaisergeschichte schrieb (2. Aufl. S. 279): „Die plumpe Hand eines späten Fälschers hat in unserer Überlieferung das ganz erloschene Bild des Severus Alexander mit grellen Farben, nach Art eines Heiligenlebens, übermalt“ usw. Leider müssen wir auch Dio übergehen, dessen Charakteristik des Kaisers nicht erhalten ist. Aber bei dem Zeitgenossen Herodian finden wir die merkwürdigsten Parallelen zu jenen humanen Grundgedanken des Edikts. Nach ihm war die ganze Erziehung des jungen Fürsten auf die *σωφροσύνη* abgestellt (V 7, 5 und 6), Alexander ein *κοσμίως καὶ σωφρόνως ἀνατρεφόμενος* (V 8, 2), sein *ἦθος* war *ἐς τὸ φιλάνθρωπον πάνυ ἐπιρρεπές* (VI 1, 6), er selbst *ἔς τε τὸ φιλάνθρωπον καὶ εὐεργετικὸν ἐπιρρεπής* (VI 9, 8), auch versuchten Großmutter und Mutter, die ihn leiteten, *ἐπί τε τὸ σωφρονέστερον καὶ σεμνότερον πάντα μετάγειν*, und seine *βασιλεία* wird als eine *πραεῖα καὶ πάνυ ἥμερος* gepriesen (VII 1, 1). Hiernach wird man sagen dürfen, daß die Charakteristik, die das Edikt von dem

---

[1]) Vgl. Oxy. XII 1441 (mit Einleitung von Grenfell-Hunt), XIV 1659 (dito).

[2]) Vgl. Oxy. XII 1522. BGU. II 452 II 8.

Kaiser gibt, aufs beste mit der Auffassung des Herodian übereinstimmt, eine Tatsache, die wir nach Obigem für die Datierung des Edikts kaum noch zu verwenden brauchen, die aber für die Bewertung des Herodian nicht ohne Bedeutung ist.[1] Freilich, für die Frage nach dem historischen Wert jener Charakteristik ist es erwünscht zu erkennen, auf wen die Darstellung des Edikts zurückzuführen ist. Daß Alexander es nicht persönlich abgefaßt hat, ist selbstverständlich. Für Dessau sprach gegen die Beziehung auf Alexander, daß dann Julia Maesa ihm Phrasen in den Mund gelegt haben müsse, die keineswegs zu dem Stil der Kaiserproklamationen dieser Epoche paßten. Was das letztere betrifft, so stelle ich dem v. Wilamowitz' Urteil gegenüber, der — noch vor Dessaus These das Edikt mit den Editoren auf Alexander beziehend — von seinem Stil sagte: „wortreich und gedunsen, wie die einst so sachlich schreibende Kanzlei in dieser Verfallszeit zu stilisieren beginnt".[2] Damit ist zugleich gesagt, daß wir für den Stil nicht Julia Maesa, sondern die kaiserliche Kanzlei verantwortlich zu machen haben, womit ich nicht jegliche Rücksichtnahme auf Maesa oder auch den Kaiser ausgeschlossen haben will. Der sachliche Inhalt aber und die staatsmännischen Grundgedanken des Edikts müssen hervorgegangen sein aus den Beratungen mit jenem Staatsrat, der dem jungen Fürsten an die Seite gestellt war (Herodian VI 1, 2), in dem unter anderen die großen Juristen dieser Zeit, vor allem Ulpian, der eigentliche Leiter der Regierung jener Tage (Dio 80, 1), gesessen haben. An ein Edikt, das aus dem Schoß einer so illustren Versammlung hervorgegangen ist, wird man hohe Anforderungen stellen. Schieben wir den Phrasenschwulst beiseite, so lassen sich in der Tat Gedanken herausschälen, die dieser Herkunft nicht unwert erscheinen: Trajan und Marcus[3]) werden unter den Vorfahren des Kaisers als Vor-

[1]) Vgl. die günstige Beurteilung des Herodian bei Hönn, l. c. S. 59. Auch für die Analyse der vita ist unser Edikt natürlich von Interesse.

[2]) Gött. GA. 1901, S. 36. — Schwülstig scheint, soweit wir nach dem Fragment P. Giss. 40 I urteilen können, auch schon die Constitutio Antonina des Caracalla von 212 zu sein.

[3]) Mit Marcus vergleicht den Alexander Herodian VI 1, 7, weil

bilder für die Regierung hingestellt (Z. 3); für die Ausdehnung des Koronariennachlasses ist die Rücksicht auf die finanzielle Notlage des Reiches (*δημοσία ἀπορία* Z. 5) wie andererseits auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Untertanen maßgebend (*δύνανται* Z. 2, *δυναμένας* Z. 10); nicht durch Ländergewinn[1]), sondern durch Zucht und Ordnung (*σωφροσύνη*) soll das darniederliegende Reich wieder gehoben werden (Z. 14) und das kaiserliche Ansehen nicht durch Anhäufung von Schätzen, sondern durch Humanität und Wohltun wachsen (Z. 15f.). Die Statthalter aber, die nach genauester Prüfung auszusuchen sind (Z. 17)[2]), sollen nach dem Vorbild der kaiserlichen Tugenden maßvoll und schonend gegen die Provinzialen verfahren (Z. 18ff.). Das sind Gedanken[3]), die zu unserer Vorstellung von dem friedliebenden Regiment dieser romantischen Senatsrestauration gut passen und künftig, weil authentisch überliefert, für die Geschichte dieser Zeit zugrunde zu legen sind. Durch Verkündung dieser allgemeinen Regierungsprinzipien geht unser Edikt, das in allen Städten des Weltreiches veröffentlicht werden sollte (Z. 22), weit hinaus über den an sich unbedeutenden Anlaß eines Koronariennachlasses und gewinnt dadurch mehr den Charakter eines allgemeinen Regierungsprogrammes. Daher auch die pompöse Stilisierung, die so völlig abweicht von der knappen und streng juristischen Stilisierung der zahllosen Reskripte (meistens Subskriptionen) dieses Kaisers, die uns im Cod. Justin. erhalten sind. Die Mitwirkung des Staatsrates läßt der Wortlaut des Edikts nirgends erraten, vielmehr ist alles dem Kaiser persönlich in den Mund gelegt. Schwierig ist, zu sagen, ob und wieweit hier auch persönliche Ansichten des jungen Kaisers zum Ausdruck gekommen sind. Ganz wird man ihn wohl

---

er niemand hingerichtet habe. Dagegen die häufige Nennung des Trajan in der vita erklärt sich, wie Hönn, l. c. S. 179ff. gezeigt hat, aus der Benutzung von Plinius' Panegyricus.

1) Statt *οὐχ ὅρων ζητήσεσιν* schlage ich vor *οὐ χορων* = *χωρῶν ζ.* Wilamowitz wollte *οὐ φόρων* emendieren.

2) Sachlich stimmt damit wieder Herodian VI 1, 4.

3) Dabei ist nicht zu vergessen, daß wir nur die zweite Hälfte des Edikts besitzen!

kaum ausschalten können, zumal jene humanen Züge der *σωφροσύνη* und *φιλανθρωπία* usw. uns durch Herodian als solche des Kaisers selbst bezeugt werden. Jedenfalls scheint mir unser Edikt ein historisches Dokument von großem Wert zu sein, das noch genauerer Untersuchungen, auch von juristischer Seite, wert ist.

IX.

Das Promptuarium juris des Reichskanzlers und Bischofs Ulrich von Albeck.

Ein Beitrag zur Geschichte der populären Literatur in Österreich.

Von

Herrn Professor Dr. **Ivo Pfaff**
in Graz.

I.

Eine Pergamenthandschrift der Grazer Universitätsbibliothek Manuskript fol. IV Nr. 23 (alte Nr. 39/2, alte Seckauer Bibl. Nr. 86) enthält ein Promptuarium juris[1]) des Ulricus de Albeck. Die Handschrift umfaßt zwei Bände, deren erster 475, deren zweiter 469 Blätter enthält. Die mit alter Paginierung versehenen Blätter sind durch Holzeinbände, welche mit schwarzgefärbtem Leder überzogen sind, zusammengefaßt. Auf den Einbänden befinden sich einfache ornamentale Verzierungen, auf dem Rücken in Gold (stark verblaßt). Die Einbände stammen zweifellos aus dem Stifte Seckau und besitzt die Grazer Bibliothek

---

[1]) Über die Wortbedeutung von Promptuarium siehe Forcellini, Lexikon IV 921; Du Cange, Glossarium V; Diefenbach, Glossarium p. 308; zur Geschichte der Vokabularien und verwandter Rechtsenzyklopädien des Mittelalters s. Seckel, Beiträge zur Gesch. beider Rechte I, insbesondere S. 472 ff.

noch eine Reihe ähnlicher Einbände gleicher Provenienz. Die einzelnen Blätter haben eine Höhe von 46,5 cm, eine Breite von 33 cm; jedes Blatt hat zwei beschriebene Spalten; die Höhe derselben ist 34—35 cm, die Breite 9,8. Das Linienschema ist gut erhalten. Die Handschrift ist schön geschrieben; doch sind sehr weitgehende Kürzungen verwendet. Auf dem oberen Rande der Blätter findet sich vereinzelt der Beginn eines neuen Artikels durch ein entsprechendes Schlagwort angegeben. An den Rändern der Blätter sind Buchstaben und gelegentliche Vermerke, die der Handschrift selbst angehören, welche zur Herstellung der Übersicht dienen sollen. Die einzelnen Abschnitte sind durch rote Kapitelzeichen gekennzeichnet, wie auch die einzelnen Artikel im Text durch rote Schrift markiert werden. Die Schrift ist die gotische Minuskel der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts. Im Texte sind gelegentlich größere verzierte Initialen mit anschließendem Rankenwerk; auch finden sich viele kleine Initialen (rot und blau) mit einfachen Verzierungen in Federzeichnung.

Blatt 1 recto enthält ein großes Titelbild: Christus als Weltenrichter, zu beiden Seiten desselben die geistlichen und weltlichen Stände; der Papst mit den Kardinälen auf der einen, der Kaiser mit seinen Großen, welche die Reichsinsignien (Schwert, Reichsapfel und Zepter) tragen, auf der anderen Seite; zu Füßen Christi kniet der Verfasser, der sein Werk überreicht. Auf diesem ersten Blatte sind auch noch das Wappen von Seckau (segnende Hand) und das Wappen des Verfassers (linke Seite eines springenden Einhorns) sowie Zierranken und einige Blumen angebracht. Das Wappen des Bistums Verden ist es nicht, denn dasselbe ist nach dem alten Siebenacher I Tafel 10 in blau ein weiß und rot geschachteter Rechtbalken.

Die Miniaturen des Werkes sind in der durch Salzburg beeinflußten Art und Weise gefertigt. Die Handschrift wurde, wie die Vorrede besagt, in Seckau geschrieben. Einzelne nachträgliche Zusätze finden sich auf den verschiedensten Blättern; doch sind sie sichtlich von derselben Hand beigefügt; wahrscheinlich ließ sich der Verfasser das Manuskript von Zeit zu Zeit vorlegen und ordnete, bei Durch-

sicht des bisher Geschriebenen, diese Zusätze an. (Solche finden wir I 43, 118 recto, 120 verso, 121 verso, 130 verso, 163 verso, 188 recto, 198 verso u. a. m.) Gelegentliche scherzhafte Zeichnungen der Abschreiber sowie sonderbare Gestaltungen einzelner Buchstaben, so I 8, 9, 10, 65, 313; II 27 u. a. m. seien gleichfalls erwähnt.

Über die Abfassung des Werkes äußert sich der Verfasser in der Vorrede zum 1. Bande, welche vom Jahre 1422 datiert ist — die Arbeit Albecks muß also im wesentlichen bereits 1422 abgeschlossen gewesen sein —: Anno domini 1408, dum adhuc ecclesiae praeessem Verdensi in provincia Moguntina, hunc laborem in dei nomine . . . . subivi. Der erste Band ist per manus Marci Kalichstain Pruteni de Osterrad, Pomeranensis dyecös. geschrieben und am 20. April 1429 vollendet worden; der 2. Band wurde am 30. August desselben Jahres beendet und der Schreiber desselben äußert sich folgendermaßen: Scripta est haec secunda pars promptuarii per Georium Salsatoris de Glatz, plebanum in Kirchpach, capellanum et familiarem praefati reverentissimi patris et dom. dom. Ulrici eps. Sec. decretorum doctoris, finita anno domini 1429 feria tertia, die sanctorum Felicis et Adaucti Martyr. Über die beiden Schreiber des Promptuariums vermag ich nichts Näheres anzugeben. In den Xenia Bernadina, welche Bd. II, III und IV eine Reihe von Codexschreibern des 15. Jahrhunderts erwähnen, die auf österreichischem Gebiete tätig waren, fehlen ihre Namen. Albeck hat sie wohl aus dem Norden mitgenommen oder sich kommen lassen.

Um nebst den Quellen, deren Inhalt in Schlagwörtern nach dem Alphabet geordnet dargestellt werden soll — Bd. I umfaßt die Buchstaben A—I, Bd. II K—Z —, auch die Literatur entsprechend zu berücksichtigen, hat der Verfasser, wie er in seiner Vorrede angibt, für die einzelnen Abschnitte der einzelnen Artikel einige Werke besonders berücksichtigt und exzerpiert. Die einzelnen Artikel erörtern die diesbezügliche Frage nach der Regelung, welche sie im decretum Gratiani, den Dekretalen, dem liber sextus, den Clementinen und in den libri feudorum erfahren, wobei natürlich gelegentlich der eine oder andere Abschnitt ent-

fällt, wenn dem Autor dort für die betreffende Materie nichts Wesentliches gesagt zu sein scheint. Auch ist die Praxis der rota Romana herangezogen. Für das decretum benützte der Vf. das Werk des Archidiaconus (Guido de Baysio) Apparatus ad decretum[1]), für die Dekretalen die Distinctiones in lib. V Decretalium des Henricus Bohic[2]), für den liber sextus die Lectura super sexto des Petrus de Ancharano[3]), für die Clementinen die Lectura super Clementinis des Franciscus de Zabarellis[4]) und für die libri feudorum den Baldus de Perusio.

Soviel ich zu sehen vermochte, zitiert der Vf. am häufigsten den Archidiaconus, und zwar nicht nur in den dem Decretum gewidmeten Abschnitten der einzelnen nach dem Alphabet geordneten Artikel, sondern auch anderwärts und wird Übereinstimmung wie gelegentlicher Gegensatz immer wieder sorgfältig hervorgehoben. Außer den fünf in der Vorrede genannten Autoren zitiert Vf. bald aus erster, bald aus zweiter Hand eine Reihe von Schriftstellern, von denen hier einige angeführt seien, so: Goffredus de Trano[5]), Johannes Andreae, Petrus de Bellapertica[6]), Hugoccio, Bartolomaeus Brixiensis[7]), Raynaldus, Abbas[8]), Jacobus Rade-

---

[1]) Über Guido de Baysio s. Schulte, Quellen II S. 186.

[2]) Über ihn s. Schulte a. a. O. II 266.

[3]) Vgl. Schulte a. a. O. II S. 278ff.; s. auch Pastor, Gesch. der Päpste I S. 160; Schulte, Lehrb., 3. Aufl. S. 102.

[4]) S. Schulte a. a. O. I S. 28. Zabarella aus Padua wurde 6. Juni 1411 vom Papst Johann XXII. zum Kardinal ernannt und starb 26. September 1417 zu Padua; s. Coronelli, Cronologia universalis S. 176. Zabarella nahm auch am Konstanzer Konzil teil und muß dort wohl Albeck kennengelernt haben. Zu seiner Auffassung über die geplanten Veränderungen der Kirchenverfassung s. Pastor, Gesch. der Päpste I S. 145. Vgl. überdies auch Savigny, Gesch. des röm. R. im Mittelalter VI 229, 284 und Gregorovius, Gesch. der Stadt Rom VI 619, 667.

[5]) Vgl. Schulte, Gesch. der Quellen und Literatur II S. 88ff.

[6]) Über die Abkürzungen, welche der Name des Petrus de Bellapertica in den Handschriften erfuhr, s. Schrutka, Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung I S. 84. Über ihn als französischen Juristen des 14. Jahrhunderts s. Savigny a. a. O. V S. 27ff.

[7]) S. Schulte a. a. O. II 83ff. Albeck zitiert ihn bald als Brix., bald als Bart. oder Bar. Brix.

[8]) Über Abbas antiquus s. Schulte a. a. O. II 130.

wicz[1]), Egidius Fuscarius[2]), Tancred[3]), Jacobus de Arizone[4]), Accursius, Jason de Mayno, Cynus, Bartolus, Azo, Martinus, Joh. Bassianus, Garsias Hispanus[5]), Odardus (wohl Olradus)[6]) Johannes Calderinus[7]), Guil. Durantis, Roffredus[8]), Hostiensis[9]), Lapus[10]), Gerhardus Monachus[11]), Innocenz IV., Johannes de Deo[12]), Bernardus Parmensis[13]) u. a. m.

Ulricus gewährt in den größeren Artikeln immer eine Überschau über die verschiedenen unter den doctores vertretenen Meinungen, so daß sein Werk über den damaligen Stand der diversen Streitfragen häufig einen tauglichen Überblick bietet.

Daß die alphabetische Anordnung manche Wiederholungen mit sich bringt, ist dem Vf. selbstredend bekannt: saepe etiam eadem materia . . . . in diversis literis iteratur; allein so fährt er fort: saepissime repetita majore soliditate firmetur et attentiori memoria conservetur. Daß der Autor das Werk als für die verschiedensten Zwecke geeignet erachtete und daß er nicht bloß denen durch sein Werk dienlich sein will, die pro incumbentibus negotiis nicht imstande sind, sich selber aus den Quellen und der Literatur zu orientieren, sondern auch den Anfänger dabei im Auge hatte, zeigt wohl der Satz der Vorrede: nam in hoc opere lac parvulis, panis adultis, ossa fortioribus ministratur. Zur Übersichtlichkeit und um den Leser auf Punkte des Werkes zu verweisen, an welchen über das gleiche oder ein zusammenhängendes Thema gesprochen wird, sind in den einzelnen Artikeln durch Buchstaben entsprechende Verwei-

---

[1]) Jacob Radewitz de Ihenis, Kanonist; 1405—1411 Lehrer in Erfurt, schrieb eine lectura in decretales; s. Schulte a. a. O. II 376; Muther, Zur Gesch. der Rechtswiss. 213.

[2]) S. Schulte a. a. O.

[3]) Tancred war Lehrer des Bartol. Brixiensis; s. Schulte a. a. O.

[4]) S. Schulte a. a. O. II 82.

[5]) Über diesen Schulte a. a. O. II 140.

[6]) S. Schulte a. a. O. II 232.

[7]) Schüler des Johannes Andreae; s. Schulte a. a. O. II 247ff.

[8]) S. Schulte a. a. O. II 75.

[9]) S. Schulte a. a. O. II 123.

[10]) S. Schulte a. a. O. II 238.

[11]) S. Schulte a. a. O. II 314.

[12]) S. Schulte a. a. O. II 94.

[13]) S. Schulte a. a. O. II 114.

sungen gegeben, welche durch die am Rande der Blätter enthaltenen Buchstaben verdeutlicht werden sollen. Dies Promptuarium überschreitet allerdings, soweit mir die populäre Literatur überhaupt bekannt geworden ist, das übliche Maß weitaus; denn das zwei Großfoliobände umfassende Werk hat 944 Blätter, also 1888 Seiten, von denen jede zwei Kolumnen mit regelmäßig 72 Zeilen umfaßt. Geboten wird eine Darstellung des kirchlichen Rechtes in enzyklopädischer Form; manche Artikel enthalten allerdings nichts Juristisches, sondern geben bloß an der Hand der verschiedensten Zitate aus der Bibel und anderen Werken religiöse und ethische Leitregeln für das Verhalten.

Daß das Werk im Kloster Seckau oder auch später anderwärts benutzt worden sein muß, zeigen die an verschiedenen Stellen vorkommenden Notata, welche von anderer Hand als der des Schreibers herrühren.

Der Umfang der einzelnen Artikel ist natürlich verschieden. So finden sich Artikel, die nur wenige Zeilen umfassen, neben äußerst umfangreichen. So hat der Artikel absolutio 12, alienatio 16, actio 19, appellatio 41, beneficium 18, causa 12, citatio 14, clericus 26, collatio 10, confessio 26, consuetudo 22, dolus 4, donatio 11, dominium 13, emtio 10, episcopus 34, excommunicatio 69, judicium, judex, jus 86, juramentum 80, matrimonium 28, monachus 19, mors 12, mulier 9, negligentia 10, obligatio 11, ordo 30, papa 19, pater 10, patronus 14, peccatum 27, poena 29, possessio 30, prelatus 22, praescriptio 24, privilegium 25, procuratio 34, religio 43, renunciatio 17, rescriptum 27, restitutio 20, sententia 43, successio 15, sponsalia 18, statutum 21, testamentum 20, testis 49, venditio 11, voluntas 14, votum 17, usura 22 Spalten.

Was die selbständige Tätigkeit des Vf. anlangt — die Hauptarbeit lag ja zweifellos in dem sorgfältigen Exzerpieren und Zusammenstellen —, so äußerte er sich in der Vorrede gleichfalls darüber mit den Worten: etiam aliqua intersero, quae per doctores suis in locis non tanguntur, quod agnoscere poteris per dictionem ultra vel extra et in his et aliis, quae in hoc opere posui (folgt eine durchlöcherte Stelle) . . . mitto me correctioni determinationi

wicz[1]), Egidius Fuscarius[2]), Tancred[3]), Jacobus de Arizone[4]), Accursius, Jason de Mayno, Cynus, Bartolus, Azo, Martinus, Joh. Bassianus, Garsias Hispanus[5]), Odardus (wohl Olradus)[6]) Johannes Calderinus[7]), Guil. Durantis, Roffredus[8]), Hostiensis[9]), Lapus[10]), Gerhardus Monachus[11]), Innocenz IV., Johannes de Deo[12]), Bernardus Parmensis[13]) u. a. m.

Ulricus gewährt in den größeren Artikeln immer eine Überschau über die verschiedenen unter den doctores vertretenen Meinungen, so daß sein Werk über den damaligen Stand der diversen Streitfragen häufig einen tauglichen Überblick bietet.

Daß die alphabetische Anordnung manche Wiederholungen mit sich bringt, ist dem Vf. selbstredend bekannt: saepe etiam eadem materia . . . . in diversis literis iteratur; allein so fährt er fort: saepissime repetita majore soliditate firmetur et attentiori memoria conservetur. Daß der Autor das Werk als für die verschiedensten Zwecke geeignet erachtete und daß er nicht bloß denen durch sein Werk dienlich sein will, die pro incumbentibus negotiis nicht imstande sind, sich selber aus den Quellen und der Literatur zu orientieren, sondern auch den Anfänger dabei im Auge hatte, zeigt wohl der Satz der Vorrede: nam in hoc opere lac parvulis, panis adultis, ossa fortioribus ministratur. Zur Übersichtlichkeit und um den Leser auf Punkte des Werkes zu verweisen, an welchen über das gleiche oder ein zusammenhängendes Thema gesprochen wird, sind in den einzelnen Artikeln durch Buchstaben entsprechende Verwei-

---

[1]) Jacob Radewitz de Ihenis, Kanonist; 1405—1411 Lehrer in Erfurt, schrieb eine lectura in decretales; s. Schulte a. a. O. II 376; Muther, Zur Gesch. der Rechtswiss. 213.

[2]) S. Schulte a. a. O.

[3]) Tancred war Lehrer des Bartol. Brixiensis; s. Schulte a. a. O.

[4]) S. Schulte a. a. O. II 82.

[5]) Über diesen Schulte a. a. O. II 140.

[6]) S. Schulte a. a. O. II 232.

[7]) Schüler des Johannes Andreae; s. Schulte a. a. O. II 247ff.

[8]) S. Schulte a. a. O. II 75.

[9]) S. Schulte a. a. O. II 123.

[10]) S. Schulte a. a. O. II 238.

[11]) S. Schulte a. a. O. II 314.

[12]) S. Schulte a. a. O. II 94.

[13]) S. Schulte a. a. O. II 114.

sungen gegeben, welche durch die am Rande der Blätter enthaltenen Buchstaben verdeutlicht werden sollen. Dies Promptuarium überschreitet allerdings, soweit mir die populäre Literatur überhaupt bekannt geworden ist, das übliche Maß weitaus; denn das zwei Großfoliobände umfassende Werk hat 944 Blätter, also 1888 Seiten, von denen jede zwei Kolumnen mit regelmäßig 72 Zeilen umfaßt. Geboten wird eine Darstellung des kirchlichen Rechtes in enzyklopädischer Form; manche Artikel enthalten allerdings nichts Juristisches, sondern geben bloß an der Hand der verschiedensten Zitate aus der Bibel und anderen Werken religiöse und ethische Leitregeln für das Verhalten.

Daß das Werk im Kloster Seckau oder auch später anderwärts benutzt worden sein muß, zeigen die an verschiedenen Stellen vorkommenden Notata, welche von anderer Hand als der des Schreibers herrühren.

Der Umfang der einzelnen Artikel ist natürlich verschieden. So finden sich Artikel, die nur wenige Zeilen umfassen, neben äußerst umfangreichen. So hat der Artikel absolutio 12, alienatio 16, actio 19, appellatio 41, beneficium 18, causa 12, citatio 14, clericus 26, collatio 10, confessio 26, consuetudo 22, dolus 4, donatio 11, dominium 13, emtio 10, episcopus 34, excommunicatio 69, judicium, judex, jus 86, juramentum 80, matrimonium 28, monachus 19, mors 12, mulier 9, negligentia 10, obligatio 11, ordo 30, papa 19, pater 10, patronus 14, peccatum 27, poena 29, possessio 30, prelatus 22, praescriptio 24, privilegium 25, procuratio 34, religio 43, renunciatio 17, rescriptum 27, restitutio 20, sententia 43, successio 15, sponsalia 18, statutum 21, testamentum 20, testis 49, venditio 11, voluntas 14, votum 17, usura 22 Spalten.

Was die selbständige Tätigkeit des Vf. anlangt — die Hauptarbeit lag ja zweifellos in dem sorgfältigen Exzerpieren und Zusammenstellen —, so äußerte er sich in der Vorrede gleichfalls darüber mit den Worten: etiam aliqua intersero, quae per doctores suis in locis non tanguntur, quod agnoscere poteris per dictionem ultra vel extra et in his et aliis, quae in hoc opere posui (folgt eine durchlöcherte Stelle) . . . mitto me correctioni determinationi

et emendationi sanctae matris ecclesiae, a qua nullatenus declino ac cuiuscunque melius sentieris . . . . Vf. polemisiert auch gelegentlich mit den von ihm exzerpierten Autoren, so z. B. Blatt 103 verso gegen die auch vom Archidiaconus vertretene Auffassung über die Bedingung „si deo placuit“. Auch gibt er seinen Polemiken immer eine persönliche Note, so z. B. im Artikel dolus . . . „credo quod Accursius male loquitur in hoc . . . . ideo dico . . . u. a. m. Vereinzelt findet sich auch bei Artikeln der Zusatz „Ulricus auctor huius“, wie z. B. bei contemplatio (Blatt 139 recto), während es an anderen Stellen, so z. B. beim Artikel „defendere“ heißt „Ulricus compilator hujus operis“.

Am Schlusse des 2. Bandes äußert sich Ulricus nochmals über seine Tätigkeit in folgenden Worten:

> Protestor attamen in fine, quemadmodum in principio praemisi, quod in omnibus, quae secundum diversas materias in hoc opere continentes simpliciter et quanto brevius potius, dictorum doctorum quorum revolvi volumina dicta secutus sum et si ultra eos quaedam per me posita reperiuntur, non de meo sed ab aliis pro majore materiarum declaratione sed prout visum mihi fuit, commodavi.
> Ut saltem simplices et parvuli, qui propter librorum multitudinem de singulis investigare non possunt in promptuario saltem quod intendunt, voleant invenire. Supplico igitur iterato legentibus ut insufficienter dicta corrigant et si qua superaddere iudicaverint ad intelligentiam pleniorem superaddant, ut id quod per me simplicem aliqualiter inchoatum est, perducatur ipsorum sollertia ad perfectum, quia imperfectum meum viderunt occuli mei. Ad ipsius gloriam et honorem, qui est Alpha et Omega principii et finis omnium bonorum, qui est deus sublimis et gloriosus, veniens et regnans in saecula saeculorum. Amen.

II.

Albecks Promptuarium erörtert, soweit es sich mit Rechtsfragen befaßt, nebst dem jus feudorum das kanonische Recht. Eine Untersuchung nach der Richtung, was dies Werk für den kanonistischen Rechtshistoriker enthält,

liegt mir selbstverständlich fern und es seien die Fachmänner hiermit auf dasselbe aufmerksam gemacht. Was das römische Recht betrifft, so findet, soviel ich zu sehen vermag, dies an zahllosen Stellen sorgfältige Berücksichtigung; es wird zwar nicht ex professo besprochen, doch werden die justinianischen Quellen häufig allegiert und zeigt die ganze Art der Darstellung eine gründliche Vertrautheit mit dem römischen Recht. Selbstverständlich finden sich häufig Bibelstellen, Stellen aus den kanonischen Quellen und dem römischen Rechte nebeneinander, als Beleg für eine vorgetragene Ansicht, angeführt. Auch zitiert Ulricus mitunter Augustinus de civ. dei und Ricardus de Sancto victore.[1]) Wie stark gelegentlich Artikel vom römischen Recht beeinflußt sind, zeigt unter anderen der Artikel usucapio. In dem etwas über drei Spalten umfassenden Aufsatz sind nicht weniger als 34 Zitate aus den Institutionen, den Digesten und dem Codex nebst Verweisungen auf die Glossen zu verschiedenen Digestenstellen herangezogen. Andererseits finden sich zahlreiche Artikel, in denen es nahegelegen wäre, das römische Recht zu berücksichtigen und dies doch unterlassen wurde, so z. B. im Artikel turpitudo, publiciana (allerdings ist hier auf den Artikel praescriptio verwiesen), superficies (wo die Frage bloß nach den libri feudorum erörtert wird), specificatio (wo bis auf wenige Zeilen ausschließlich die Entscheidungen der rota Romana zugrunde liegen) und confiscatio (wo ausschließlich kanonisches und Lehenrecht zur Sprache kommt).

Die Zahl der Artikel, welche im wesentlichen bloß Verweisungen auf andere Abschnitte des Werkes enthalten (wie z. B. der Artikel Vellejanum), ist begreiflicherweise eine bedeutende.

---

[1]) Richard von St. Victor gehört zu den Koryphäen der von Wilhelm von Champeaux gestifteten Schule und war Lehrer und Führer der asketisch-mystischen Richtung der philosophierenden Theologen des 12. Jahrhunderts. Er war ein Schotte, Prior von St. Victor und starb im Jahre 1173. S. über ihn Loewe, Der Kampf zwischen dem Realismus und Nominalismus (Abh. der k. böhmischen Ges. der Wissensch. VI. Folge 8. Bd. (1876).

Die Artikel, welche den Sprachgebrauch der verschiedenen Teile des Corpus juris can. erörtern, sind zwar meist sehr kurz, aber recht zahlreich; so seien hier insbesondere angeführt die Artikel: absque, absurdum, atrox, circa, coram, cum, de, diu, donec, dudum, etiam, et, etsi, ex, extunc, fieri, iam, idem, uno, infra, mox, olim, nisi, none, non obstante, nostrum, par, per, plus, potius, quasi, quis, quovismodo, ubicunque, vel, vix, ultra, usque. (Usque includat quando vel excludat de restitutione in integrum coram alias constituisse sexta distinctione ubi dicitur quod in fine dicti capituli usque tenetur exclusive; aliquando tenetur inclusive, ut patet digestis de senatoribus l. ultima § fin. [l. 12 § 1 D. I, 9.] Sed distingue de dictione a et usque, quod aut huiusmodi dictiones proferunt a lege aut ab homine etc.)

Beachtenswert scheint mir in dieser Hinsicht das sprachliche Interesse Albecks zu sein, das für seine Zeit immerhin nicht zu den alltäglichen Erscheinungen gehört.

Im nachstehenden seien nun aus der Fülle der Artikel einige herausgegriffen, bei welchen von vornherein eine Berücksichtigung der römischen Rechtsquellen wahrscheinlich erscheint; das kanonische Recht und das Lehenrecht bleiben dabei außer Betracht.

Im Artikel condicio wird gleich anfangs der Digestentitel 35 . 1 in toto zitiert; auch werden immer wieder die römischen Namen Titius und Sejus verwendet.

Zitiert werden l. 13 § 12 de ritu nupt. 23. 2, l. 2 § 7 in fine D. de donat. 39. 5, l. 14 D. de usu et habit. 7. 8, l. 9 D. de hered. inst. 28. 5, l. 44 § 6 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 4 C. de jure fisci 10. 1, l. 1 Cod. de metall. 12. 40, l. 34 C. de usufr. 3. 33, l. 39 D. de statulib. 40. 7, l. 25 D. de adopt. 1. 7, l. 33 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 213 D. de verb. sign. 50. 16.

Im Artikel dolus werden die einschlägigen Fragen im Zusammenhang mit dem römischen Recht behandelt. Man sieht, wie der Autor beziehungsweise die von ihm exzerpierten Autoren sich in diesen Fragen von der Darstellung der Digesten beeinflussen ließen. Natürlich werden aber auch hier eine Reihe außerhalb dieses Digestentitels gelegener

Stellen allegiert, wie l. 75 § 3 D. de verb. obl. 45. 1, l. 25 D. de contrah. empt. 19.1, l. 26 (27) D. de neg. gest. 3. 5, l. 14 (15) D. eod., l. 2 § 7 ad leg. Jul. de adult. 48, 5, l. 5 D. de his qui notant. 3. 2, l. 4 § 13 D. de doli exc. 44. 4 u. a. m.

Auch die Lehre vom dominium ist stark romanistisch beeinflußt, obwohl die Unterscheidung zwischen dominium directum und dominium utile eine große Rolle spielt (s. insbesondere Blatt 217). An sehr vielen Stellen werden in beträchtlichem Ausmaße die römischen Quellen zur Stütze der aufgestellten Thesen herangezogen, so exempli gratia: l. 20 D. de accus. 48. 2, l. 46 § 3 D. de jure fisci 49. 14, l. 9 pr. C. de bon. prosc. et dam. 9. 48, l. 11 D. de vi et vi arm. 43. 16, l. 87 pr. D. ad municip. 50. 1, l. 25 pr. D. act. emti 19. 1, l. 18 § 1 D. de hered. pet. 5. 3, l. 30 D. de pecul. 15. 11, l. 11 § 4 D. de exc. rei jud. 44. 2, l. 14 § 2 D. de exc. rei jud. 44. 2, l. 181 D. de verb. sig. 50. 16, l. 2 C. de jud. 3. 1, l. 39 § 1 D. de evict. 21. 2 u. a. m.

In der Lehre von der donatio wie in dem Artikel dos berücksichtigt der Autor die römischen Quellen und verwendet sie als Argumente für seine Ansichten, so im ersteren Falle insbesondere die l. 10 D. de jur. 12. 2 und die l. 27 § 3 D. de pact. 2. 14, im letzteren die l. 9 § 1 D. de donat. 39. 5, während, was den Begriff der dos anlangt, mit den Worten: dos quid sit et quomodo consultum est muliebribus auf den Digestentitel de fundo dotali verwiesen wird. Begreiflicherweise bringt es hier wie anderwärts die Anordnung des Stoffes nach Schlagworten mit sich, daß in den einzelnen Artikeln nicht eine Gesamtdarstellung der betreffenden Materie geboten wird, sondern auf vieles, was bei einer systematischen Erörterung im Zusammenhange zu besprechen wäre, auf den unter einem anderen Schlagwort gebotenen Artikel verwiesen wird. So in der Lehre von der dos auf die Artikel divortium, uxor, virgo, usucapio u. a. m.

Aus dem ziemlich umfangreichen Abschnitte, der die Lehre von der emtio behandelt und eine Menge von Kasuistik entwickelt, an der das ganze Werk reich ist, seien als Hinweise auf die römischen Quellen erwähnt: l. 1 § 2 de aed. ed. 21. 1, l. 1 D. de jur. et facti ig. 22. 6, l. 6 D. de re iud. 42, 1, l. 18 § 3 D. de dolo 4. 3 (und die hierzu gehörige

Glosse des Accursius), l. 10 D. de hered. vel. a. vend. 18. 4, l. 11 eod., l. 25 D. de rei vind. 6. 1, l. 7 D. de dolo 4. 3, l. 13 § 4 D. de act. emt. 19. 1, l. 18 § 2 D. de dolo 4. 3, l. 16 § 2 D. de min. 4. 4. Auch werden die ganzen Titel de aed. ed. und de in diem addictione sowohl der Digesten wie des Codex, gleich eingangs als Quellen zitiert. Hervorgehoben sei hier, daß das Promptuarium im Anschlusse an l. 2 Cod. de resc. vend. 4. 44 den Standpunkt vertritt, es beziehen sich die Bestimmungen des römischen Rechtes betreffs der laesio enormis nicht bloß auf den Verkäufer, sondern auch auf den Käufer: Credo quod Accursius male loquitur in hoc, quod ponit differentiam inter emtorem et venditorem .... ideo dico, quod eodem modo tenetur emptor sicut venditor, secundum Henr. Bohit, wobei als ein Argument auf l. 3 § 1 D. si mensor fals. mod. dixerit 11. 6 und einige andere Stellen verwiesen wird. (Über diese nach römischem Recht gewiß unzutreffende Ansicht siehe Zachariä v. Lingenthal in der Sav.-Z. Bd. IV R. A. S. 58ff. und Pfaff, Über den rechtl. Schutz der wirtsch. Schwächeren S. 64.)

Der Artikel venditio zeigt trotz zahlreicher romanistischer Quellenzitate und der Anführung einer Reihe von romanistischen Schriftstellern wie Bulgarus, Azo, Jason u. a. m. die der römischen Auffassung entgegengesetzte kanonistische Ansicht schon in den ersten Worten, wo es heißt: vendere aliquid carius, quam emptum fuit, si ista intentione emptum fuit, est illicitum.

Im Artikel emphyteuse wird wiederholt das römische Recht als Beleg der vorgetragenen Ansicht herangezogen; insbesondere wird hier bei der Frage emphyteuta an possit meliorationes, accessiones et augmenta impune sine voluntate domini in alium transferre der romanistische Standpunkt, den l. 3 pr. C. de jur. emphyt. 4, 66 enthält, vertreten.

Der Artikel fidejussor zieht gleichfalls römisches Recht sehr häufig heran; in dem dem Dekretalenrecht gewidmeten Abschnitte polemisiert das Promptuarium gegen eine von Jacobus Radewicz ausgesprochene Ansicht und stützt die gegensätzliche Behauptung auf den Gesichtspunkt des arbitrium boni viri und insbesondere auf l. 1 in fine D. de jure delib. 28. 8. Ulricus nimmt dabei an, die Frage sei

auch bei Accursius und Jason de Mayno in gleichem Sinne entschieden: et ita credo Accursius et Ja. de Mayno sensisse.

Der Artikel fraus beruht im wesentlichen auf den römischen Quellen. Ulricus erwähnt, daß zwei Auffassungen bestanden haben; nach der einen sei das in fr. legis agere auf dreifache, nach der anderen auf vierfache Weise möglich. Übrigens verweist er auf den Artikel lex sub f. (quibus et quot modis fraus fit legi R. lex f.). Dort wird (Bd. II Blatt 11) mit den Beispielen der Glosse die Auffassung, es erfolge die fraus legi: de re ad rem, de persona ad personam, de uno contractu ad alium und de uno contractu ad eundem contractum vertreten. Bezüglich der Frage, ob im fraudare überhaupt ein sacrilegium gelegen sei, wird auf den diesbezüglichen Artikel hingewiesen.

Im Artikel infamia wird römisches Recht häufig zitiert. Gestützt auf eine Reihe von Digestenstellen will Ulricus hier den von ihm aus der Literatur mitgeteilten Auffassungen nicht beipflichten und dem Richter eine größere Freiheit gewähren: quia in hac materia officium iudicis latissime patet.

Im Artikel interdictum wird ausschließlich der kirchenrechtliche Begriff erörtert.

Im Artikel iudex, iudicium, ius wird das römische Recht eingehend berücksichtigt; Digesten und Codexstellen sind in reicher Anzahl zitiert, bald aus erster, bald aus zweiter Hand; besonders viel romanistische Quellen sind dabei in dem Abschnitte, der sich mit dem Rechte der Clementinen beschäftigt, angeführt. Gelegentlich tritt — neben der Anführung fremder Ansichten, deren Autoren immer nominatim bezeichnet werden — Ulricus mit eigenen Ansichten hervor, die allerdings größtenteils sich in Polemiken gegenüber zitierten Autoritäten äußern (z. B. Blatt 429 verso ego credo, nos non credimus u. a. m. Auch wird hier reichliche Kasuistik betrieben und immer wieder die Frage aufgeworfen, wie dieser oder jener Fall zu entscheiden sei. So bespricht auf Blatt 444 Ulricus die Frage, welche Mittel den Freunden eines zum Tode Verurteilten zu Gebote stehen gegenüber dem Umstand, daß auf seiten des Richters inimicitia vorgelegen sei.

In dem Artikel mandatum zitiert das Promptuarium zahlreiche Digestenstellen. Daß die Darstellung der Lehre nicht von romanistischer Auffassung ausgeht, zeigt wohl schon der Satz: mandati fines non excedit, qui facit id, quod non multum differt a mandato, der wohl mit dem in l. 5 § 2 D. mand. 17. 1 ausgesprochenen Prinzip nicht im Einklange steht.

Im Artikel mora wird am eingehendsten die Frage nach der purgatio morae erörtert. Trotz der relativen Kürze des Artikels — er umfaßt bloß 5 Spalten — sind hier eine Menge von Digesten- und Codexstellen als Beleg der vertretenen Ansichten herangezogen.

Interessant ist der Artikel moneta, in dem zuvörderst die Frage aufgeworfen wird: moneta si facta est vilior, an debitor liberetur solvendo eandem. Römische Quellenstellen bilden auch hier vielfach die Grundlage für die aufgeworfenen Fragen, wie bei der folgenden: monetae duae si currunt in eodem loco, an de utraque possit fieri solutio u. a. m.

Im Artikel mutuum finden wir dagegen — soviel ich zu sehen vermochte — auffallenderweise keinerlei Hinweise auf die römischen Quellen.

Daß der Artikel novatio im ganzen bloß 7 Zeilen umfaßt, sei der Kuriosität halber hier angeführt.

Der Artikel peculium beschränkt sich, wie so manche anderen Teile des Werkes, auf einen Teil des corpus jur. canon. Hier auf den liber Sextus. Die Terminologie ist, wie in den meisten juristisch relevanten Abschnitten, die der römischen Quellen. Erörtert wird unter anderem auch die Frage, ob, wenn ein advocatus, notarius, tabellio als filii familias etwas erwarben, dies als peculium castrense anzusehen sei oder nicht.

Über das postliminium handeln nur wenige Zeilen; die Auseinandersetzungen erfolgen unter Berufung auf einige römische Quellenstellen, wobei hervorgehoben wird, daß, im Gegensatz zum römischen Recht, nach dem jus canonicum nicht in allen Fällen die rescissoria gewährt wird.

Die Darstellung der Lehre von der praescriptio ist reich an zur Begründung der aufgestellten Meinungen herangezogenen römischen Quellenstellen. Wie in sehr vielen

anderen Artikeln ist auch hier die Kasuistik stark vorwaltend. Die Auffassung, daß die praescriptio auf dem jus naturale beruhe, wird bekämpft; als Grund derselben wird angegeben: praescriptio contra negligentes est inducta; praescriptio est introducta in odium negligentiarum res suas petentium et recipitur bona fides et iustus titulus. Bona fides debet esse continuata de iure canonico, licet secus de iure civili. Mit der Lehre von der praescriptio wird natürlich auch die der usucapio verknüpft und bemerkt: mala fides superveniens interrumpit usucapionem.

Im Artikel prodigus wird eine kurze, im wesentlichen mit dem ausgebildeten römischen Recht übereinstimmende Darstellung gegeben.

Der Artikel Quarta erörtert Fragen aus der Lehre von der Quarta Falcidia und Trebellianica. Dabei wird dem Kanonisten besonders scharf eingeschärft: et nota, tu canoniste, quod Trebelliana de toto fideicommisso detrahitur, Falcidia vero particulariter de singulis legatis.

Die Artikel solutio und stipulatio sind rein referierend abgehalten; im letzteren äußert der Vf., unter Berufung auf eine Digestenstelle, seine von der kanonistischen Lehre abweichende Anschauung.

Der Artikel tutela unterscheidet zwischen testamentarischer, gesetzlicher und dativer Tutel; verschiedene Fragen werden aufgeworfen, ohne an dieser Stelle erledigt zu werden. Diesbezüglich sind Verweisungen auf andere Punkte des Werkes gegeben.

Ein zweites juristisches Werk Albecks findet sich handschriftlich sub Fol. 623 (alte Seckauer Nummer 83) gleichfalls auf der Grazer Universitätsbibliothek. Es ist ein Quartband von 496 Seiten, jede Seite 40—45 Zeilen enthaltend; die Seiten sind nicht paginiert, wie dies beim Promptuarium der Fall ist. Leider ist die Handschrift nicht vollständig und war sie dies schon nicht, als sie im 17. Jahrhundert ihren jetzigen Einband erhielt. Das lehrt der Augenschein. Auf einem ausgerissenen ersten Blatte wird sie genannt: Summa Ulrici Episcopi Seccoviensis (welche Worte nicht von der Hand des Schreibers der Handschrift herrühren), und der Zettelkatalog der Grazer Bibliothek ver-

zeichnet sie als summa quaestionum et conclusionum juris ex auctoribus collecta ordine alphabetico. In Schlagworten werden — alphabetisch geordnet — zum größten Teil dieselben Themata abgehandelt wie im Promptuarium, jedoch bloß in größter Kürze. Soweit ich verglichen habe, sind in dieser Arbeit die wichtigsten Sätze aus dem Promptuarium, meist wörtlich übereinstimmend, übernommen. Die einzelnen im Promptuarium aufgeworfenen Fragen werden mit denselben Worten erwähnt, nicht immer in derselben Reihenfolge abgehandelt, viele weggelassen; auch fehlen hier alle Ausführungen über die Literatur, die Begründung eigener Aufstellungen sowie die im Promptuarium gebotene reiche Kasuistik. Das äußere Ausmaß der einzelnen Artikel in dieser Summa, im Verhältnis zum Promptuarium, möge dies veranschaulichen. Während z. B. die Ausführungen über dolus im Promptuarium 4 Spalten umfassen, hat der Artikel in der Summa bloß 24 Zeilen; der Artikel dominium hat im Promptuarium 13 Spalten, hier bloß $2^1/_2$ Seiten. Und ähnlich verhält es sich auch bei den übrigen Artikeln, wie fidejussor 10 Spalten gegenüber 26 Zeilen, infamia (8 Spalten gegenüber 1 Seite), mandatum (11 Spalten gegenüber $1^1/_2$ Seiten) usw.[1])

Beim Buchstaben P (mit dem Artikel pena) ist eine gewaltige Lücke in der Handschrift, die sich bis zum Buchstaben V erstreckt; beim Artikel vir setzt das Werk sich fort; am Schlusse fehlen weiters sämtliche Artikel des Buchstabens Z.

Handelte es sich hier dem Vf. meist um eine kurze Darstellung der einschlägigen Materien, welche im Promptuarium ausführlich behandelt waren, so sind andererseits auch eine Reihe von Artikeln des Promptuars weggelassen und manche andere vorhanden, welche im Promptuarium fehlen.[2])

[1]) Summa bedeutet im 12. Jahrhundert und auch später: Zusammenfassende Darstellung, Nachschlagewerk (Grabmann, Gesch. der scholastischen Methode II 21, 23). Auch handelt es sich bei den Summen meist um zusammenfassende Darstellung verschiedener Disziplinen (Grabmann, Einführung in die Summa theolog. des heil. Thomas (1919) S. 3. Im Sinne eines Nachschlagewerkes ist der Titel für diese Arbeit Albecks gewiß zulässig.

[2]) Ich zähle im ganzen 139 Artikel, die ausschließlich im Promptua-

Auch sind die exzerpierten Autoren nicht durchwegs dieselben wie im Promptuarium; denn für die Summa kamen Albeck neben den im Promptuar benutzten auch noch Michaelis de Furno[1]), Bonaventura[2]) und Wilhelm Durantis Speculum in Betracht. Letzterer ist besonders ausgiebig exzerpiert, so daß bei manchen Artikeln der dem Recht des speculum gewidmete Teil den größten Raum in Anspruch nimmt, so z. B. bei den Artikeln dolus, dominium, dos, emphyteuta, mutuum, novatio u. a. m.

In seiner Vorrede äußert sich Ulricus Albeck folgendermaßen: In nomine sanctae et individuae trinitatis. Amen. Quia omnia habere magis vel potius est divinitatis quam humanitatis, ut dicit l. C. de vet. jur. enuc. . . . . et quia memoria labilis et indiget adiutorio dirigente, idcirco ego Ulricus ep. Secc. iuris canonici doctor minimus, dum libros subscriptos perlegi videlicet quaestiones Michaelis de Furno super tres libros sententiarum et Bonaventurae super quartum; decretum cum omni eius apparatu, Distinctiones Heinrici Bohit in decretales, Lecturas Petri de Ancharano super sextum, Dm. Francisci de Zabarellis, qui postea factus fuit Cardinalis, super Clementinas, speculum Wilhelmi Durantis iudiciale, lecturam Baldi de Perusio super usus feudorum, necnon decisiones rotae, eas sub brevitate discurrendo per titulos quaestionum et conclusionem ad memoriale seu repertorium non sine labore gravi recollegi . . . Der Vf. wollte also hier ein Repertorium über die von ihm gelesenen Autoren bieten und erörtert die einzelnen Fragen nach den sententiae, dem Rechte des decretum, den decretales, dem

rium, und 237, die ausschließlich in der Summa vorkommen. Die für den Juristen relevanten Artikel finden sich fast durchwegs in beiden Werken.

[1]) Michaelis de Furno (auch Michael de Lille, de Insulis genannt) schrieb Postillen super cantica, super Lucam et Ioannem u. a. m. Er war doctor Parisiensis. S. über ihn Feret, La faculté de Theologie de Paris III 436; Hurter, Nomenclator literarum II [3] (1906) 568. Er war Dominikaner; bei Ehrle, Sitzungsberichte der Bayr. Akademie, Phil.-hist. Klasse, Jahrg. 1919, S. 34 wird er dagegen als aus dem Weltklerus stammend angeführt.

[2]) Bonaventura, geb. 1221, gest. 1274. Sein bedeutendstes Werk ist sein Kommentar zu den Sentenzen des Lombardus, den Ulricus zitiert; vgl. Buchberger, Kirchl. Handlexikon II 1442ff. und Schulte a. a. O. II 26; ferner Wetzer und Welte, Kirchenlexikon IV 1017ff.

zeichnet sie als summa quaestionum et conclusionum juris ex auctoribus collecta ordine alphabetico. In Schlagworten werden — alphabetisch geordnet — zum größten Teil dieselben Themata abgehandelt wie im Promptuarium, jedoch bloß in größter Kürze. Soweit ich verglichen habe, sind in dieser Arbeit die wichtigsten Sätze aus dem Promptuarium, meist wörtlich übereinstimmend, übernommen. Die einzelnen im Promptuarium aufgeworfenen Fragen werden mit denselben Worten erwähnt, nicht immer in derselben Reihenfolge abgehandelt, viele weggelassen; auch fehlen hier alle Ausführungen über die Literatur, die Begründung eigener Aufstellungen sowie die im Promptuarium gebotene reiche Kasuistik. Das äußere Ausmaß der einzelnen Artikel in dieser Summa, im Verhältnis zum Promptuarium, möge dies veranschaulichen. Während z. B. die Ausführungen über dolus im Promptuarium 4 Spalten umfassen, hat der Artikel in der Summa bloß 24 Zeilen; der Artikel dominium hat im Promptuarium 13 Spalten, hier bloß $2^1/_2$ Seiten. Und ähnlich verhält es sich auch bei den übrigen Artikeln, wie fidejussor 10 Spalten gegenüber 26 Zeilen, infamia (8 Spalten gegenüber 1 Seite), mandatum (11 Spalten gegenüber $1^1/_2$ Seiten) usw.[1])

Beim Buchstaben P (mit dem Artikel pena) ist eine gewaltige Lücke in der Handschrift, die sich bis zum Buchstaben V erstreckt; beim Artikel vir setzt das Werk sich fort; am Schlusse fehlen weiters sämtliche Artikel des Buchstabens Z.

Handelte es sich hier dem Vf. meist um eine kurze Darstellung der einschlägigen Materien, welche im Promptuarium ausführlich behandelt waren, so sind andererseits auch eine Reihe von Artikeln des Promptuars weggelassen und manche andere vorhanden, welche im Promptuarium fehlen.[2])

---

[1]) Summa bedeutet im 12. Jahrhundert und auch später: Zusammenfassende Darstellung, Nachschlagewerk (Grabmann, Gesch. der scholastischen Methode II 21, 23). Auch handelt es sich bei den Summen meist um zusammenfassende Darstellung verschiedener Disziplinen (Grabmann, Einführung in die Summa theolog. des heil. Thomas (1919) S. 3. Im Sinne eines Nachschlagewerkes ist der Titel für diese Arbeit Albecks gewiß zulässig.

[2]) Ich zähle im ganzen 139 Artikel, die ausschließlich im Promptua-

Auch sind die exzerpierten Autoren nicht durchwegs dieselben wie im Promptuarium; denn für die Summa kamen Albeck neben den im Promptuar benutzten auch noch Michaelis de Furno[1]), Bonaventura[2]) und Wilhelm Durantis Speculum in Betracht. Letzterer ist besonders ausgiebig exzerpiert, so daß bei manchen Artikeln der dem Recht des speculum gewidmete Teil den größten Raum in Anspruch nimmt, so z. B. bei den Artikeln dolus, dominium, dos, emphyteuta, mutuum, novatio u. a. m.

In seiner Vorrede äußert sich Ulricus Albeck folgendermaßen: In nomine sanctae et individuae trinitatis. Amen. Quia omnia habere magis vel potius est divinitatis quam humanitatis, ut dicit l. C. de vet. jur. enuc. . . . . et quia memoria labilis et indiget adiutorio dirigente, idcirco ego Ulricus ep. Secc. iuris canonici doctor minimus, dum libros subscriptos perlegi videlicet quaestiones Michaelis de Furno super tres libros sententiarum et Bonaventurae super quartum; decretum cum omni eius apparatu, Distinctiones Heinrici Bohit in decretales, Lecturas Petri de Ancharano super sextum, Dm. Francisci de Zabarellis, qui postea factus fuit Cardinalis, super Clementinas, speculum Wilhelmi Durantis iudiciale, lecturam Baldi de Perusio super usus feudorum, necnon decisiones rotae, eas sub brevitate discurrendo per titulos quaestionum et conclusionem ad memoriale seu repertorium non sine labore gravi recollegi . . . Der Vf. wollte also hier ein Repertorium über die von ihm gelesenen Autoren bieten und erörtert die einzelnen Fragen nach den sententiae, dem Rechte des decretum, den decretales, dem

rium, und 237, die ausschließlich in der Summa vorkommen. Die für den Juristen relevanten Artikel finden sich fast durchwegs in beiden Werken.

[1]) Michaelis de Furno (auch Michael de Lille, de Insulis genannt) schrieb Postillen super cantica, super Lucam et Ioannem u. a. m. Er war doctor Parisiensis. S. über ihn Feret, La faculté de Theologie de Paris III 436; Hurter, Nomenclator literarum II³ (1906) 568. Er war Dominikaner; bei Ehrle, Sitzungsberichte der Bayr. Akademie, Phil.-hist. Klasse, Jahrg. 1919, S. 34 wird er dagegen als aus dem Weltklerus stammend angeführt.

[2]) Bonaventura, geb. 1221, gest. 1274. Sein bedeutendstes Werk ist sein Kommentar zu den Sentenzen des Lombardus, den Ulricus zitiert; vgl. Buchberger, Kirchl. Handlexikon II 1442ff. und Schulte a. a. O. II 26; ferner Wetzer und Welte, Kirchenlexikon IV 1017ff.

zeichnet sie als summa quaestionum et conclusionum juris ex auctoribus collecta ordine alphabetico. In Schlagworten werden — alphabetisch geordnet — zum größten Teil dieselben Themata abgehandelt wie im Promptuarium, jedoch bloß in größter Kürze. Soweit ich verglichen habe, sind in dieser Arbeit die wichtigsten Sätze aus dem Promptuarium, meist wörtlich übereinstimmend, übernommen. Die einzelnen im Promptuarium aufgeworfenen Fragen werden mit denselben Worten erwähnt, nicht immer in derselben Reihenfolge abgehandelt, viele weggelassen; auch fehlen hier alle Ausführungen über die Literatur, die Begründung eigener Aufstellungen sowie die im Promptuarium gebotene reiche Kasuistik. Das äußere Ausmaß der einzelnen Artikel in dieser Summa, im Verhältnis zum Promptuarium, möge dies veranschaulichen. Während z. B. die Ausführungen über dolus im Promptuarium 4 Spalten umfassen, hat der Artikel in der Summa bloß 24 Zeilen; der Artikel dominium hat im Promptuarium 13 Spalten, hier bloß $2^1/_2$ Seiten. Und ähnlich verhält es sich auch bei den übrigen Artikeln, wie fidejussor 10 Spalten gegenüber 26 Zeilen, infamia (8 Spalten gegenüber 1 Seite), mandatum (11 Spalten gegenüber $1^1/_2$ Seiten) usw.[1])

Beim Buchstaben P (mit dem Artikel pena) ist eine gewaltige Lücke in der Handschrift, die sich bis zum Buchstaben V erstreckt; beim Artikel vir setzt das Werk sich fort; am Schlusse fehlen weiters sämtliche Artikel des Buchstabens Z.

Handelte es sich hier dem Vf. meist um eine kurze Darstellung der einschlägigen Materien, welche im Promptuarium ausführlich behandelt waren, so sind andererseits auch eine Reihe von Artikeln des Promptuars weggelassen und manche andere vorhanden, welche im Promptuarium fehlen.[2])

[1]) Summa bedeutet im 12. Jahrhundert und auch später: Zusammenfassende Darstellung, Nachschlagewerk (Grabmann, Gesch. der scholastischen Methode II 21, 23). Auch handelt es sich bei den Summen meist um zusammenfassende Darstellung verschiedener Disziplinen (Grabmann, Einführung in die Summa theolog. des heil. Thomas (1919) S. 3. Im Sinne eines Nachschlagewerkes ist der Titel für diese Arbeit Albecks gewiß zulässig.

[2]) Ich zähle im ganzen 139 Artikel, die ausschließlich im Promptua-

Auch sind die exzerpierten Autoren nicht durchwegs dieselben wie im Promptuarium; denn für die Summa kamen Albeck neben den im Promptuar benutzten auch noch Michaelis de Furno[1]), Bonaventura[2]) und Wilhelm Durantis Speculum in Betracht. Letzterer ist besonders ausgiebig exzerpiert, so daß bei manchen Artikeln der dem Recht des speculum gewidmete Teil den größten Raum in Anspruch nimmt, so z. B. bei den Artikeln dolus, dominium, dos, emphyteuta, mutuum, novatio u. a. m.

In seiner Vorrede äußert sich Ulricus Albeck folgendermaßen: In nomine sanctae et individuae trinitatis. Amen. Quia omnia habere magis vel potius est divinitatis quam humanitatis, ut dicit l. C. de vet. jur. enuc. . . . . et quia memoria labilis et indiget adiutorio dirigente, idcirco ego Ulricus ep. Secc. iuris canonici doctor minimus, dum libros subscriptos perlegi videlicet quaestiones Michaelis de Furno super tres libros sententiarum et Bonaventurae super quartum; decretum cum omni eius apparatu, Distinctiones Heinrici Bohit in decretales, Lecturas Petri de Ancharano super sextum, Dm. Francisci de Zabarellis, qui postea factus fuit Cardinalis, super Clementinas, speculum Wilhelmi Durantis iudiciale, lecturam Baldi de Perusio super usus feudorum, necnon decisiones rotae, eas sub brevitate discurrendo per titulos quaestionum et conclusionem ad memoriale seu repertorium non sine labore gravi recollegi . . . Der Vf. wollte also hier ein Repertorium über die von ihm gelesenen Autoren bieten und erörtert die einzelnen Fragen nach den sententiae, dem Rechte des decretum, den decretales, dem

rium, und 237, die ausschließlich in der Summa vorkommen. Die für den Juristen relevanten Artikel finden sich fast durchwegs in beiden Werken.

[1]) Michaelis de Furno (auch Michael de Lille, de Insulis genannt) schrieb Postillen super cantica, super Lucam et Ioannem u. a. m. Er war doctor Parisiensis. S. über ihn Feret, La faculté de Theologie de Paris III 436; Hurter, Nomenclator literarum II³ (1906) 568. Er war Dominikaner; bei Ehrle, Sitzungsberichte der Bayr. Akademie, Phil.-hist. Klasse, Jahrg. 1919, S. 34 wird er dagegen als aus dem Weltklerus stammend angeführt.

[2]) Bonaventura, geb. 1221, gest. 1274. Sein bedeutendstes Werk ist sein Kommentar zu den Sentenzen des Lombardus, den Ulricus zitiert; vgl. Buchberger, Kirchl. Handlexikon II 1442ff. und Schulte a. a. O. II 26; ferner Wetzer und Welte, Kirchenlexikon IV 1017ff.

liber sextus, den Clementinen, nach dem speculum Durantis, dem usus feudorum und den decisiones rotae, wobei die sententiae immer an die Spitze gestellt werden.

Über die Abfassungszeit besagt das Vorwort nichts; doch möchte ich es für wahrscheinlich halten, daß das Promptuarium dem hier erwähnten Werke zeitlich voranging. Während er beim Promptuarium ausdrücklich hervorhebt, daß er es schon als Bischof von Verden in Angriff genommen, führt er hier bloß seine Qualität als episcopus Seccoviensis an; und auch das recollegi kann allenfalls dafür herangezogen werden. Ein weiterer Anhaltspunkt ließe sich vielleicht auch aus den Worten, welche er dem Namen des Franciscus de Zabarellis beifügt: qui postea factus fuit Cardinalis, gewinnen.

Mag Albecks Promptuarium — denn dieses kommt vor allem in Betracht — vom Standpunkte des Kanonisten aus größeren oder geringeren Wert besitzen, eines ist wohl sicher, daß ein Hinweis auf diese Arbeit, als eines der nicht zahlreichen Produkte populärer Literatur aus Österreich, immerhin am Platze sein dürfte. (Über die populäre Literatur in Österreich s. Luschin, Handbuch der österr. Reichsgeschichte I[2] S. 143 und Hasenöhrl, Beiträge zur Gesch. der Rechtsbildung und der Rechtsquellen im Archiv für österr. Gesch. Bd. 93 S. 304ff., Separatabdruck S. 57ff.)

Albecks schriftstellerische Tätigkeit ist, soweit ich in der Literatur zu sehen vermag, gänzlich unbekannt. Der ungewöhnlich große Umfang des Promptuariums sowie der bald nach Vollendung desselben erfolgte Tod des Verfassers mögen hierzu beigetragen haben. Daß im Praesulatus Seccoviensis ihrer freundlich gedacht wird, ist selbstverständlich. Dortselbst heißt es p. 524: De anno praefato bibliotheca nostra insignes commentarios in leges canonicas ab Udalrico episcopo seccoviensi confectos retinet, cum hac inscriptione: Udalricus episcopus Seccov. Prov. Salzburg. anno D. 1408, dum adhuc ecclesiae praeesset Verdensi in provincia Moguntina, conscripsit promptuarium juris secundum alphabetum, quod emulgavit anno 1422 in crastino conceptionis virginis gloriosae Pontif. Papae Martini anno VI regnante Sigis. Romanorum et Ungariae et Bohemiae

Rege. Abgesehen davon, finde ich in der Literatur nur bei Klein, Gesch. des Christentums in Österr. und Steiermark III (1841) S. 397 die Bemerkung: „Er war Doctor des Kirchenrechts und verfaßte mehrere Schriften, von denen aber nur zwei dem Titel nach bekannt sind, nämlich ein Lexikon, in welchem Gegenstände des Kirchenrechtes in alphabetischer Ordnung beschrieben waren, und eine Erklärung der Kirchengesetze.“ (Wörtlich gleichlautend bei Ebeling, Die deutschen Bischöfe II S. 439.) Auch in Hurters sorgfältiger Arbeit Nomenclator literarius fehlt der Name Albecks, ein Zeichen, daß seine Arbeiten einem weiteren Kreise unbekannt geblieben sind. Abgesehen von den beiden Handschriften der hiesigen Universitätsbibliothek finde ich bei Haenel, Catalog. libr. manuscript. p. 458 ein Memoriale juris angeführt, das sich auf der Straßburger Bibliothek befindet, sowie im Catalog. cod. Latinarum der Münchener Bibliothek Tom. II pars 2 p. 61 sub Nr. 592 die Notiz: Ulrici de Albeck canonici Augustani Spirensis et Basilensis Repertorium super commentarios Henr. Bouhic in libros decretalium 12254 Raitenb. 54 in 2° XV 88 fol. Danach ist wohl das Zitat bei Schulte a. a. O. II 268 ungenau, wo diese Arbeit einem Heinricus de Albeck j. c. Doctor Augusteus, Spirensis zugeschrieben wird. Schulte entnahm das Zitat dem Handschriftenkatalog der Universitätsbibliothek Erlangen von Irmischer. — Soweit ich der Frage nach Schriften Albecks nachgehen konnte, fand ich in keinem der gedruckten Verzeichnisse von Handschriften Werke von Albeck angeführt. Kollege Wolkan hatte die Güte, mir mitzuteilen, daß in keiner der ihm bekannten Handschriftensammlungen sich ein weiteres Manuskript von Albeck vorfinde. — Über den Lebenslauf Ulrich v. Albecks, insbesondere über seinen Studiengang, seine kirchliche Tätigkeit als Bischof von Verden an der Aller und von Seckau, seine Wirksamkeit als Bevollmächtigter und Kanzler Ruprechts von der Pfalz und seine Teilnahme an den Konzilien zu Pisa und Konstanz, dem Fürstentag zu Marburg, der Salzburger Synode von 1418 hoffe ich an anderer Stelle demnächst berichten zu können.

X.

Die ἀγώγιμος-Klausel und die Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς.

Von

Herrn Professor Dr. **Friedrich** (v.) **Woeß**

in Innsbruck.[1])

Der rätselhaften *ἀγώγιμος*-Klausel, die uns jetzt auch außerhalb Alexandriens sicher bezeugt ist[2]), ist zuletzt Lewald in seiner dankenswerten Untersuchung über die Personalexekution im Rechte der Papyri (Leipzig 1910) nachgegangen. Lewald vermutet, daß der Gläubiger durch die Klausel ermächtigt werden sollte, den Schuldner bei Säumnis sofort in die Schuldknechtschaft abzuführen. In diesem Sinne verpflichte sich der Schuldner zu leisten „*ἄνευ πάσης ὑπερθέσεως, ἢ εἶναι αὐτὸν παραχρῆμα ἀγώγιμον καὶ συνέχεσθαι μέχρι τοῦ ἐκτεῖσαι*". Diese Deutung hat vielen Beifall gefunden[3]), zumal da sich fand, wie Lewald hübsch gezeigt hat, daß auch in den alten griechischen Gemeinde-

---

[1]) Es ist mir Bedürfnis, auch an dieser Stelle meinem verehrten Kollegen, Herrn Professor Kalinka herzlichst zu danken. Dank seiner tatkräftigen Unterstützung habe ich in Innsbruck eine Arbeitsstätte für Papyrusforschung gefunden, wie manch größere Universität sie nicht hat.

[2]) Durch Oxy. XIV 1639 für Oxyrhynchus (unten S. 192 ausführlich behandelt). Die älteren Belegstellen sind BGU. IV 1053—7, 1106, 1115—9, 1121—2, 1133, 1142—3, 1145—7, 1150—1, 1156; dann (bei Lewald nicht mehr berücksichtigt) 1161—2, 1166, 1170, 1172 sowie Oxy. XII 1471. Sie sind alle alexandrinische Synchoreseis. Vgl. jedoch auch das *χειραγώγιμον εἶναι* der Gestellungsbürgschaft Lond. II nr. 220 Col. II S. 6 (= Mitteis, Chrestomathie d. Papyr. nr. 35), von Lewald (wohl mit Unrecht) nicht hieher gestellt (anders Mitteis, Chrest. S. 45 nr. 21 [Zitat von Kap. II S. 46 der Grundzüge]).

[3]) Vgl. die Anzeige von Partsch im Archiv für Papyrusforschung V 483 f.; Preisigke, Fachwörter des öffentlichen Verwaltungsdienstes Ägyptens (1915) unter *ἀγώγιμος*; bes. aber P. M. Meyer, Juristische Papyri 1920 Einl. zu nr. 45 S. 148, der sich Lewalds Standpunkt ganz zu eigen macht.

staaten ἀγώγιμος von privaten Schuldknechten gebraucht wird.[1]) Dennoch streiten erhebliche Bedenken gegen sie.[2]) Die ἀγώγιμος-Klausel steht in unseren Urkunden nicht allein, sie findet sich fast immer neben der gewöhnlichen Exekutivklausel, in der sich der Schuldner ohnedies schon der Personalexekution unterworfen hat.[3]) Das Nebeneinander der beiden Klauseln vermag Lewald befriedigend nicht zu erklären. Seine Annahme, daß sich der Schuldner in unseren Urkunden gleich zwei Arten der Personalexekution unterworfen habe, der gewöhnlichen mit der Exekutivklausel, und einer privilegierten mit der ἀγώγιμος-Klausel, zwischen denen der Gläubiger dann hätte wählen können[4]), wird schwerlich auf die Dauer Zustimmung finden.[5]) Die Frage

[1]) Nur das kann gesagt werden, technische Bezeichnung für Schuldknecht war ἀγώγιμος nie. Das Wort ist ein Eigenschaftswort, das von allen möglichen Personen gebraucht wird, sehr häufig besonders von Geächteten, die vogelfrei sind oder einer Behörde überstellt werden müssen, vgl. das ἀγωγίμους τοῖς τριάκοντα εἶναι im Dekrete Spartas gegen die flüchtigen Athener bei Diod. XIV 6, 13 und dazu Paul Usteri, Ächtung und Verbannung im griechischen Recht (1903) S. 44, vgl. auch S. 17 sowie überhaupt S. 57. In Ägypten wird es auch von Strafgefangenen gebraucht, die öffentliche Zwangsarbeit leisten, vgl. die μετὰ φυλακῆς ἀγώγιμοι von BGU. 1159, 8 und dazu Mommsen, Röm. Strafrecht 950, 1. Der Geladene der römischen in jus vocatio wäre im Sinne der Griechen gleichfalls ἀγώγιμος. Darüber unten S. 196.

[2]) Kaum geringere jedenfalls als die, die gegen die ganz verwandte nexum-Theorie Huschkes vor Jahren von Mitteis geltend gemacht worden sind.

[3]) z. B. BGU. 1147 (= Chrest. II nr. 103). Die Eirene verpflichtet sich, Kapital und Zinsen pünktlich zu bezahlen, ἢ εἶναι αὐτὴν παραχρῆμα ἀγωγίμην καὶ συνέχεσθαι μέχρι τοῦ ἐκτεῖσαι — τῆς πράξεως γεινομένης τῶι Διονυσίωι (Gläubiger) ἔκ τε αὐτῆς Εἰρήνης καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων αὐτῇ πάντων καθάπερ ἐγ δίκης κτλ. Die Eirene unterwirft sich also einmal dem ἀγώγιμον εἶναι, und sie räumt überdies gegen ihre Person und Vermögen die πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης ein.

[4]) Besonders S. 48 bei n. 2. Der Unterschied soll ein doppelter gewesen sein. Während die reguläre mit behördlichem Duktionsbefehl eingeleitet wurde, hätte die ἀγώγιμος-Exekution eines solchen nicht bedurft (daher das παραχρῆμα der Klausel). Und während erstere im öffentlichen δεσμωτήριον vollstreckt wurde, habe letztere in privater Schuldhaft beim Gläubiger bestanden (so besonders S. 54 f.).

[5]) Vgl. die Zurückhaltung von Grenfell-Hunt, Einl. zu Oxy. XII 1471 (S. 207), aber auch von Mitteis, Grundzüge S. 46 n. 4. Näheres unten S. 195.

bedarf jedenfalls erneuter Prüfung. Ich hoffe sie demnächst bringen zu können. Hier sei nur ein Punkt herausgegriffen, der bisher überhaupt noch nicht untersucht worden ist, der uns aber vielleicht weiter hilft: Das Zusammentreffen der *ἀγώγιμος*-Klausel mit den *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς*. Vielleicht führt uns diese viel beachtete und doch nicht erklärte Erscheinung zu einer anderen Ansicht über das Wesen der eigenartigen Klausel.

I. Es ist gewiß ein merkwürdiges Zusammentreffen, daß unsere Klausel fast immer nur bei *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* begegnet.[1]) Daß das kein Zufall ist, zeigt BGU. 1142, wo das *ἀγώγιμον εἶναι* geradezu als Folge der Eigenschaft als *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* hingestellt wird (*ἢ εἶναι—ἀγώγιμον ὡς κεχρηματικότα Πέρσην τῆς ἐπιγονῆς*).[2]) Partsch hat zwar (Arch. f. Papyrusforschung V 484) die Frage aufgeworfen, ob die Perser unserer Klausel nicht einfach die Repräsentanten einer weiteren Personengruppe seien, etwa aller hellenistischen Ägypter im Gegensatz zu den der Personalexekution nicht unterworfenen Alexandrinern. Aber dieser Gedanke scheitert an der erwähnten Bemerkung von BGU. 1142. Die Forschung wird daher bis auf weiteres davon ausgehen müssen, daß sich unsere Klausel im wesentlichen auf die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* (und die *Περσίναι*)[3]) beschränkt hat. Was kann nun der Grund sein, daß es gerade die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* sind, die sich unserer Klausel unterwerfen?

Um das zu beantworten, ist eine schwierige Vorfrage zu erledigen. Wer sind die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς*? Was ist darunter zu verstehen? Leider gehen die Ansichten darüber infolge des äußerst umstrittenen Begriffes der *ἐπιγονή* sehr auseinander. —

[1]) Die Persereigenschaft ist meist ausdrücklich hervorgehoben oder doch mit einiger Sicherheit (z. B. in BGU. 1118, 1122, 1162, 1170; Oxy. 1471) zu ergänzen. In BGU. 1156 und (bezüglich der Zweitschuldnerin) in BGU. 1170 I sind die *ἀγώγιμοι* nicht als Perser bezeichnet, ebensowenig in Lond. II S. 6 (= Mitteis, Chrest. nr. 35). Ob die Schuldner nicht dennoch Perser waren, was ja natürlich möglich ist, entzieht sich unserer Kenntnis.

[2]) Vgl. auch Oxy. II 271 Z. 10, 11 und dazu Lewald S. 29 Anm. 2.

[3]) Bei Frauen findet sich der *ἐπιγονή*-Vermerk nie. Erklärung unten S. 183.



1. Die eine Meinung, die noch immer durch die Aufstellungen Meyers über das Heerwesen der Ptolemäer beherrscht wird, legt dem Begriff der *ἐπιγονή* in der hier vor allem in Betracht kommenden ptolemäischen Zeit eine wesentlich militärische Bedeutung bei. Die *ἐπιγονή* sei der Nachwuchs der ptolemäischen Territorialarmee (der Landwehr) gewesen, der im allgemeinen zunächst keinen Dienst tat, jedoch bestimmt war, dereinst, beim Tode des Vaters, in dessen Landlos (*κλῆρος*) und militärische Stellung aufzurücken. Die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς*, der Zahl nach die am häufigsten vertretene Epigonengruppe, wären danach die Söhne der persischen Landwehrsoldaten gewesen, welche die Ptolemäer wegen ihrer besonderen Verläßlichkeit überall dort ansiedelten, wo wie in Fayûm ihre Stellung bedroht war, und aus denen sie sogar ihre Leibwache gebildet hätten, was das Ansehen der persischen *ἐπιγονή* naturgemäß hob, so daß die Zugehörigkeit zur Persertruppe sogar von Griechen erstrebt wurde. So vor allem Meyer selbst[1]), dann mit gewissen Abschwächungen und Korrekturen Schubart[2]) in seinen älteren Arbeiten, Bouché-Leclercq[3]), Lesquier[4]), Otto[5]) und wohl auch Wilcken.[6]) Vgl. auch Grenfell-Hunt in Tebt. I S. 547. Die Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden.

Sie ist dennoch falsch, denn sie baut sich auf drei Vorstellungen auf, die alle drei gleich unhaltbar sind.

---

[1]) P. M. Meyer, Das Heerwesen der Ptolemäer und Römer in Ägypten, 1900 passim. Siehe auch P. Hamb. 24 nr. 18.

[2]) Diss. de rebus militaribus, quales fuerint in regno Lagidarum (1900); Arch. für Papyrusforschung II 147 f. (Anzeige des Meyerschen Buches). Im Archiv für Papyrusforschung V S. 408 nr. 1 hat er diese Ausführungen ausdrücklich zurückgenommen. In der Einführung in die Papyruskunde (1918) S. 254 hat er sich ihnen jedoch wieder genähert.

[3]) Histoire des Lagides IV S. 29 ff. Die entscheidende Stelle ist S. 43.

[4]) Institutions militaires de l'Égypte sous les Lagides, Paris 1911 passim, besonders S. 52—67.

[5]) Priester und Tempel im hellenistischen Ägypten I (1905) S. 224/5.

[6]) Grundzüge der Papyruskunde (1912) S. 384. Vgl. jedoch jetzt Arch. f. Papyrusf. VI S. 368 und dazu meine Bemerkungen unten in den Miszellen.

a) Sie betrachtet die *ἐπιγονή* vor allem als vorübergehende Eigenschaft, Epigonen seien die Söhne noch lebender Väter. Damit wird vorausgesetzt, daß in all den Fällen, wo in den Quellen die *ἐπιγονή* uns begegnet, wir Personen vor uns hätten, die das große Glück hatten, daß ihr Vater noch lebte. Das ist äußerst unwahrscheinlich und wird durch die Urkundenstatistik widerlegt. Fast nie ist in den Quellen von *Πέρσαι*, fast stets nur von *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* die Rede.[1]) Soll das heißen, daß ein wunderbarer Zufall uns wirklich nur solche Urkunden aufbehalten hat, wo der Vater noch lebt (daher *τῆς ἐπιγονῆς*), dagegen fast nie solche, wo, im Leben der viel häufigere Fall, der Vater gestorben war, unser Mann also von der *ἐπιγονή* zum *Πέρσης* aufgerückt war? Ich muß bekennen, an einen solchen „hazard des découvertes" (Bouché-Leclercq S. 43) vermag ich nicht zu glauben. Dazu kommt, daß die *ἐπιγονή* für Söhne noch lebender Väter oft recht alt ist[2]), und daß wir den *ἐπιγονή*-Vermerk erwiesenermaßen auch nach dem Tode des parens weitergeführt finden.[3]) Tatsächlich hat die *ἐπιγονή*-Eigenschaft mit dem Leben des parens nichts zu schaffen. Wenn in BGU. 1142 Apollophanes *ἀγώγιμος* wird „*ὡς κεχρηματικὼς Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς*", so meint er nicht, daß er *ἀγώγιμος* ist, soferne und solange sein Vater noch lebt, aber nicht mehr, wenn er durch dessen Tod aufgehört hat, *τῆς ἐπιγονῆς* zu sein. *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* bezeichnet wie das bei Frauen allein gebrauchte *Περσίνη* nicht eine vorübergehende, sondern die dauernde Eigenschaft der betreffenden Person.

b) Fast schlimmer noch ist die zweite Vorstellung, wo-

---

[1]) „Wir haben hier dasselbe wie sonst in Ägypten festzustellen: die *Πέρσαι* sind äußerst selten im Vergleich mit den *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς*." Schubart, Arch. V 114. Vgl. auch Bouché-Leclercq IV S. 36 Anm. 2.

[2]) Nachweise bei Bouché-Leclercq a. a. O. IV 34.

[3]) In BGU. 1167 ist der Schuldner *τῆς ἐπιγονῆς*, wiewohl sein Vater *Πάσις* bereits tot ist (lin. 46). *Διονύσιος Κεφαλᾶτος*, ein *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς*, erscheint zu wiederholten Malen als *κύριος* seiner Mutter (P. Reinach 21, 7. 24, 14. 26, 11. 32, 7), der Vater *Κεφαλᾶς* war also bereits verstorben. Der *Πτολεμαῖος Γλαυκίου* der Serapeumspapyri nennt sich *Μακεδὼν τῆς ἐπιγονῆς* in derselben Urkunde, in der er den vor Jahren erfolgten Tod seines Vaters erwähnt, P. Lond. I 23 nr. 31.

nach wir in der *ἐπιγονή* stets den künftigen Soldaten und *κλῆρος*-Besitzer zn erblicken hätten. Richtig ist, daß sich in der ptolemäischen Zeit (in der römischen kommt ja all das nicht mehr in Frage) die Armee vielfach aus der *ἐπιγονή* ergänzt hat (die aber dann häufig ihre Landsmannschaft wechselte).[1] Aber daß umgekehrt jeder Epigone später Soldat geworden wäre, ist eine etwas gewagte Behauptung. Wir kennen zahlreiche *ἐπιγονή*-Angehörige aus ptolemäischer und römischer Zeit. Wir finden sie in den verschiedensten Berufen tätig, als Landwirt, Kaufmann, Gewerbetreibender. Von einer militärischen Verwendung wissen unsere Quellen nichts. Meyer und andere[2]) haben zwar gemeint, daß die *ἐπιγονή* in eigenen Epigonenregimentern herangebildet worden wäre, vergleichbar mit den Formationen der *ἐπίγονοι* Alexanders d. Gr.[3]) Sie haben dafür nicht den Schatten eines Beweises erbracht. Wilcken findet es auffällig, daß unter den Hunderten uns bekannter *ἐπιγονή*-Angehörigen fast kein einziger Kleruch sei. Er beobachtet richtig.[4]) Die Schlußfolgerung, also sei der *κλῆρος* noch in Händen des Vaters und die *ἐπιγονή* die Anwärterin darauf, ist aber falsch. Ein *κλῆρος* konnte bis zu 100 Aruren umfassen, unsere Epigonen sind aber gewiß nicht alle die Söhne von Großgrundbesitzern gewesen. Das einzige, was der besprochenen Erscheinung entnommen werden kann, ist, daß der Kreis der *ἐπιγονή* ein sehr viel weiterer gewesen ist als der naturgemäß eng gezogene Kreis der Vierundzwanzig- und Hundertarurer.

c) Was endlich die Vorstellung von der besonderen Wertung der persischen *ἐπιγονή* betrifft, die Meyer mit

---

[1]) *Θεότιμος Φιλέου* z. B., der 115 v. Chr. noch einfacher Perserepigone ist (Fay. 11, 7), ist 103 v. Chr. bereits Soldat (Myser von der 4. Hierarchie) und 100-Arurer (Fay. 12). Auch der *Παῆσις Κεφαλᾶτος*, der uns in P. Rein. 14 als Soldat mit der *πολίτευμα*-Bezeichnung *Λιβύς* begegnet, dürfte von Haus aus wie sein älterer Bruder, der bekannte *Διονύσιος Κεφαλᾶτος* der Reinachpapyri, *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* gewesen sein.

[2]) Meyer, Heerwesen S. 82f.; Lesquier S. 52—67. Vgl. dagegen Schönbauer, Z. d. Savignyst. f. Rechtsg., rom. Abt. 39 S. 328.

[3]) Über diese vgl. etwa Arrian, Anabasis VII 6, 1. 8, 2.

[4]) Vereinzelt kommen Ausnahmen vor, vgl. Patrie III nr. 6b.; P. Berol. 11773 lin. 32 (veröffentlicht von Schönbauer, Sav.-Z. 39 S. 226). Siehe unten S. 187 Anm. 1.

seinen Phantasien in Umlauf gebracht hat, so darf wohl daran erinnert werden, daß sie schlecht paßt zu der Stellung, die uns für die persische *ἐπιγονή* durch die *ἀγώγιμος*-Klausel bezeugt ist, das einzige Zeugnis, das wir über ihre Stellung haben. Es war keine Auszeichnung, *ἀγώγιμος* zu sein.

Einen militärischen Nebensinn, eine Beziehung auf den erwarteten *κλῆρος*, hat die *ἐπιγονή*-Klausel in Wahrheit überhaupt nicht, auch nicht in ptolemäischer Zeit. Wenn wir den Sprachgebrauch der Quellen genauer verfolgen, dürften wir vielmehr erkennen, daß unser Zusatz, der bei Soldaten nie gebraucht wird [1]), in der ptolemäischen Zeit geradezu den Nichtmilitär, den Zivilisten bezeichnet. [2]) Wer Soldat wird, scheidet aus der *ἐπιγονή* aus und wird in den Matrikeln der *πολιτεύματα* geführt (Näheres später, vgl. einstweilen P. Fay. 11 und 12 in Verbindung mit Tebt. 32). Daher wird, wofür Schubart (Arch. f. Papyrusf. V 108, 1) keine Erklärung wußte, *τῆς ἐπιγονῆς* gelegentlich sogar ohne Ethnikon gebraucht [3]): in Fällen, wo die anderen Soldaten sind. Daher

---

[1]) Die *Πέρσαι τῶν υἱῶν* von Grenf. II 15 und P. Reinach 31 sind Soldaten. Grenfell u. a. wollen sie mit den *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* identifizieren. Die gewählte Titulatur zeigt im Gegenteil, daß man letztere Bezeichnung bei Soldaten vermied.

[2]) Einige Beispiele: in P. Hamb. 24 (222 v. Chr.) ist der Schuldner Soldat (100-Arurer von der 2. Hipparchie): er führt hinter dem Ethnikon den Beisatz *τῆς ἐπιγονῆς* nicht. Sein Bürge *Πανεῦις Παῖτος* hat ihn (sogar ohne Ethnikon, vgl. die folgende Note): er ist Zivilist. Von den 6 Zeugen sind 5 Soldaten: der Beisatz *τῆς ἐπιγονῆς* fehlt. Der sechste führt ihn: er ist Zivilist. — In Amh. 43 (173 v. Chr.) ist der Schuldner Zivilist: er führt den Zusatz *τῆς ἐπιγονῆς*. Die 6 Zeugen (4 Makedonen, je 1 Kreter und Thraker) führen ihn nicht: sie sind Soldaten der Garnison. — Im Ehevertrag P. Gießen 2 (173 v. Chr.) sind in Col. II die Zeugen dem Rang nach folgendermaßen gereiht: zuerst natürlich wieder das Militär, drei Hundertarurer und ein *ταχτόμισθος* (darüber vgl. Preisigke, Fachwörter), den *ἐπιγονή*-Beisatz hat keiner. Dann ein *Ἀλέξανδρος Ὡρίωνος Κρής* und ein *Σαραπίων Ζωπύρου Πέρσης*, beide mit der Kollektivbezeichnung *οἱ δύο τῆς ἐπιγονῆς*. Die *ἐπιγονή* ist dem Militär gegenübergestellt.

[3]) Mir sind zwei solcher Fälle bekannt, P. Hamb. 24, 8 (vgl. die vorige Note; *Πανεῦις Παῖτος* ist, wenn Meyer richtig ergänzt, *τῆς ἐπιγονῆς* schlechtweg) und P. Berol. 11307 (von Schubart, Archiv V 108, 1 auszugsweise mitgeteilt), wo sich der Quartierwirt Esoroëris, wieder *τῆς ἐπιγονῆς* schlechtweg, über den bei ihm im Quartier liegenden



findet sich unser Zusatz, soweit ich sehe, nie bei Frauen, bei denen eine Militärstellung ja nicht in Betracht kam. Wie dieser merkwürdige Sprachgebrauch entstand, wird sich aus den weiteren Ausführungen ergeben. Siehe unten S. 187.

2. Der hier abgelehnten Meinung hat Schubart (der sie früher teilte) im Archiv für Papyrusforschung V 108 und schon früher in der Klio X 44 ff. eine neue Lehre gegenübergestellt, die den militärischen Charakter unseres Begriffes preisgibt und den juristischen Charakter desselben betont. Schubart sieht jetzt in der *ἐπιγονή* die neu zugewachsene Kolonistenschaft, die als Klasse von Neupersern, Neumakedonen usf. dem alten Stamme gegenübertrat und an dessen Organisation im allgemeinen nicht teilnahm. Sie gehörte dem *πολίτευμα* nicht an, in dem dieser organisiert war, und entbehrte das Selbstbestimmungsrecht, das diesem gewährt war. Sie stand außerhalb des *πολίτευμα*, nur mit der Aussicht, dereinst eingereiht zu werden.[1])

In dieser Meinung steckt, so bizarr sie anmutet, vielleicht ein richtiger Kern. Vgl. darüber unten S. 186. So wie sie uns hier entgegentritt, ist sie unannehmbar.

Ist Schubarts neue These richtig, so wird mit *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* der eben eingewanderte noch in Persien geborene Kolonist, mit *Πέρσης* schlechtweg dagegen der Kolonistenabstämmling bezeichnet, dessen Wiege bereits in Ägypten stand. Das heißt die Dinge auf den Kopf stellen. *Τῆς ἐπιγονῆς* kann nicht den Hinzugewanderten, sondern nur den Hinzugeborenen bezeichnen. Die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* sind nicht die in Persien, sondern die in Ägypten geborenen Perser.

Man könnte sich versucht fühlen, die Schubartische These dadurch zu retten, daß man die Neuperser, Neu-

---

Soldaten Neoptolemos (*οὐ τὴν πατρίδα ὀγνοῶ*) beschwert. Esoroëris ist kein Ägypter, siehe unten S. 186 Anm. 1.

[1]) S. 108: „Weit wahrscheinlicher ist, daß mit dem Zusatze *τῆς ἐπιγονῆς* eine Gruppe von Neubürgern dem alten Stamme ... gegenübergestellt worden ist.“ — Über die Organisation dieser *πολιτεύματα* gibt uns Schubart in der Klio aufschlußreiche Auskunft. Vgl. auch Plaumann, Arch. f. Papyrusf. VI 176 ff., wo weitere Literatur zu finden ist.

seinen Phantasien in Umlauf gebracht hat, so darf wohl daran erinnert werden, daß sie schlecht paßt zu der Stellung, die uns für die persische *ἐπιγονή* durch die *ἀγώγιμος*-Klausel bezeugt ist, das einzige Zeugnis, das wir über ihre Stellung haben. Es war keine Auszeichnung, *ἀγώγιμος* zu sein.

Einen militärischen Nebensinn, eine Beziehung auf den erwarteten *κλῆρος*, hat die *ἐπιγονή*-Klausel in Wahrheit überhaupt nicht, auch nicht in ptolemäischer Zeit. Wenn wir den Sprachgebrauch der Quellen genauer verfolgen, dürften wir vielmehr erkennen, daß unser Zusatz, der bei Soldaten nie gebraucht wird[1]), in der ptolemäischen Zeit geradezu den Nichtmilitär, den Zivilisten bezeichnet.[2]) Wer Soldat wird, scheidet aus der *ἐπιγονή* aus und wird in den Matrikeln der *πολιτεύματα* geführt (Näheres später, vgl. einstweilen P. Fay. 11 und 12 in Verbindung mit Tebt. 32). Daher wird, wofür Schubart (Arch. f. Papyrusf. V 108, 1) keine Erklärung wußte, *τῆς ἐπιγονῆς* gelegentlich sogar ohne Ethnikon gebraucht[3]): in Fällen, wo die anderen Soldaten sind. Daher

---

[1]) Die *Πέρσαι τῶν υἱῶν* von Grenf. II 15 und P. Reinach 31 sind Soldaten. Grenfell u. a. wollen sie mit den *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* identifizieren. Die gewählte Titulatur zeigt im Gegenteil, daß man letztere Bezeichnung bei Soldaten vermied.

[2]) Einige Beispiele: in P. Hamb. 24 (222 v. Chr.) ist der Schuldner Soldat (100-Arurer von der 2. Hipparchie): er führt hinter dem Ethnikon den Beisatz *τῆς ἐπιγονῆς* nicht. Sein Bürge *Πανεῦις Παῖτος* hat ihn (sogar ohne Ethnikon, vgl. die folgende Note): er ist Zivilist. Von den 6 Zeugen sind 5 Soldaten: der Beisatz *τῆς ἐπιγονῆς* fehlt. Der sechste führt ihn: er ist Zivilist. — In Amh. 43 (173 v. Chr.) ist der Schuldner Zivilist: er führt den Zusatz *τῆς ἐπιγονῆς*. Die 6 Zeugen (4 Makedonen, je 1 Kreter und Thraker) führen ihn nicht: sie sind Soldaten der Garnison. — Im Ehevertrag P. Gießen 2 (173 v. Chr.) sind in Col. II die Zeugen dem Rang nach folgendermaßen gereiht: zuerst natürlich wieder das Militär, drei Hundertarurer und ein *ταχτόμισθος* (darüber vgl. Preisigke, Fachwörter), den *ἐπιγονή*-Beisatz hat keiner. Dann ein *Ἀλέξανδρος Ὡρίωνος Κρής* und ein *Σαραπίων Ζωπύρου Πέρσης*, beide mit der Kollektivbezeichnung *οἱ δύο τῆς ἐπιγονῆς*. Die *ἐπιγονή* ist dem Militär gegenübergestellt.

[3]) Mir sind zwei solcher Fälle bekannt, P. Hamb. 24, 8 (vgl. die vorige Note; *Πανεῦις Παῖτος* ist, wenn Meyer richtig ergänzt, *τῆς ἐπιγονῆς* schlechtweg) und P. Berol. 11307 (von Schubart, Archiv V 108, 1 auszugsweise mitgeteilt), wo sich der Quartierwirt Esoroëris, wieder *τῆς ἐπιγονῆς* schlechtweg, über den bei ihm im Quartier liegenden

findet sich unser Zusatz, soweit ich sehe, nie bei Frauen, bei denen eine Militärstellung ja nicht in Betracht kam. Wie dieser merkwürdige Sprachgebrauch entstand, wird sich aus den weiteren Ausführungen ergeben. Siehe unten S. 187.

2. Der hier abgelehnten Meinung hat Schubart (der sie früher teilte) im Archiv für Papyrusforschung V 108 und schon früher in der Klio X 44 ff. eine neue Lehre gegenübergestellt, die den militärischen Charakter unseres Begriffes preisgibt und den juristischen Charakter desselben betont. Schubart sieht jetzt in der *ἐπιγονή* die neu zugewachsene Kolonistenschaft, die als Klasse von Neupersern, Neumakedonen usf. dem alten Stamme gegenübertrat und an dessen Organisation im allgemeinen nicht teilnahm. Sie gehörte dem *πολίτευμα* nicht an, in dem dieser organisiert war, und entbehrte das Selbstbestimmungsrecht, das diesem gewährt war. Sie stand außerhalb des *πολίτευμα*, nur mit der Aussicht, dereinst eingereiht zu werden.[1])

In dieser Meinung steckt, so bizarr sie anmutet, vielleicht ein richtiger Kern. Vgl. darüber unten S. 186. So wie sie uns hier entgegentritt, ist sie unannehmbar.

Ist Schubarts neue These richtig, so wird mit *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* der eben eingewanderte noch in Persien geborene Kolonist, mit *Πέρσης* schlechtweg dagegen der Kolonistenabstämmling bezeichnet, dessen Wiege bereits in Ägypten stand. Das heißt die Dinge auf den Kopf stellen. *Τῆς ἐπιγονῆς* kann nicht den Hinzugewanderten, sondern nur den Hinzugeborenen bezeichnen. Die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* sind nicht die in Persien, sondern die in Ägypten geborenen Perser.

Man könnte sich versucht fühlen, die Schubartische These dadurch zu retten, daß man die Neuperser, Neu-

---

Soldaten Neoptolemos (*οὐ τὴν πατρίδα ὀγνοῶ*) beschwert. Esoroëris ist kein Ägypter, siehe unten S. 186 Anm. 1.

[1]) S. 108: „Weit wahrscheinlicher ist, daß mit dem Zusatze *τῆς ἐπιγονῆς* eine Gruppe von Neubürgern dem alten Stamme ... gegenübergestellt worden ist.“ — Über die Organisation dieser *πολιτεύματα* gibt uns Schubart in der Klio aufschlußreiche Auskunft. Vgl. auch Plaumann, Arch. f. Papyrusf. VI 176 ff., wo weitere Literatur zu finden ist.

makedonen fallen läßt und in der ἐπιγονή einfach die Angehörigen der πολιτεύματα selbst erblickt. Diesen Weg ist in der Tat Schönbauer, Sav.-Z. 39, besonders S. 243 gegangen. Er meint, bei allen Personen mit gleicher ἐπιγονή-Klausel sei anzunehmen, daß sie einem πολίτευμα angehört hätten. Damit entfernt man sich von der Quellenlage aber ganz und gibt gerade das beste der Schubartschen Lehre, die Trennung von ἐπιγονή und πολίτευμα preis. Wir haben gesehen (oben S. 182 Anm. 2), wie sorgfältig der Sprachgebrauch die ἐπιγονή von der Truppe scheidet, in deren Verbänden die πολιτεύματα auch nach Schönbauer ja allermeist ihren Ursprung hatten. Und da soll die Zugehörigkeit zum πολίτευμα mit ἐπιγονή ausgedrückt worden sein? Ἐπιγονή und πολίτευμα schließen sich in Wahrheit aus, es gibt Angehörige der ἐπιγονή und es gibt solche der πολιτεύματα, ein πολίτευμα der ἐπιγονή dagegen ist ein Widerspruch in sich, von dem die Quellen nichts wissen. Man betrachte nur, was für ein monströses Ding ein solches πολίτευμα gewesen wäre. Während die uns bezeugten πολίτευμα-Organisationen leicht übersehbare, geschlossene und jedenfalls homogene Körper sind [1]), würden sich in einem πολίτευμα der ἐπιγονή die über ganz Gräko-Ägypten (vielleicht sogar einschließlich des staatsrechtlich von ihm getrennten Alexandriens) [2]) verstreuten ὁμόφυλοι, also eine sehr zusammengewürfelte Gesellschaft zusammenfinden. Und ein solcher Körper, der sich aus so verschiedenartigen Elementen zusammensetzte und kaum

[1]) Für die Soldatenverbände kann das vielleicht aus dem auf 500 Mann beschränkten πολίτευμα der Kreter (Tebt. 22 = Chrest. I 448) erschlossen werden. Vgl. auch den Ἀλεξανδρεὺς τῆς ἐπιγονῆς τῶν οὔπω ἐπηγμένων εἰς δῆμον Καστόρειον und dazu die insoweit zutreffende Erklärung Schubarts im Arch. f. Papyrusf. V 107; siehe des ferneren die 6475 ἐν Ἀρσινοίτῳ ἄνδρες Ἕλληνες, das „πολίτευμα der Fayûmgriechen“ (Plaumann in der in der vorigen Note genannten Schrift S. 182). Die Πέρσαι τῶν προσγραφέντων von Lond. II nr. 218 S. 15 sind nicht die Mitglieder einer von den Ptolemäern später ins Land gerufenen persischen Kolonie, wie Kenyon (lin. 3) glaubt, sondern die dem geschlossenen Soldatenverbande hinzugefügten Supernumerare.

[2]) Für das von Schönbauer behauptete große πολίτευμα τῶν Περσῶν müßte das jedenfalls angenommen werden, denn die ἀγώγιμος-Klausel, aus der Schönbauer dieses πολίτευμα erschließt, ist allermeist für Alexandrien bezeugt.

übersehbar gewesen wäre, soll als πολίτευμα konstituiert, vielleicht mit Selbstbestimmungsrecht ausgestattet gewesen sein? Schönbauer glaubt ein solches πολίτευμα für die Perserschaft aus der ἀγώγιμος-Klausel erschließen zu können, die nur zu erklären sei, wenn man annehme, die Perserschaft selbst habe sie gewollt und beschlossen.[1]) Das ist ganz verkehrt. Ein πολίτευμα τῶν Περσῶν im Schönbauerschen Sinne, das die persische ἐπιγονή, also doch wohl die ganze Nachkommenschaft der seinerzeit in Ägypten in so großer Zahl eingewanderten Perser[2]) umfaßt und für diesen gewaltigen Bereich seine νόμοι πολιτικοί aufgestellt hätte, hat nie bestanden und wird am allerwenigsten durch die ἀγώγιμος-Klausel bewiesen. Ein πολίτευμα der Perser hätte die entwürdigenden ἀγώγιμος-Sätze gewiß nicht beschlossen. Die sind der persischen ἐπιγονή von oben auferlegt worden, aus Gründen, die gleich zu besprechen sein werden. —

3. Die Anwartschaft auf den κλῆρος des Landwehrsoldaten drückt die ἐπιγονή also nicht aus. Eine Klasse von Neupersern, Neumakedonen bezeichnet sie ebensowenig. Und die Mitgliedschaft eines πολίτευμα bedeutet sie auch nicht. Was ist sie also? Der Weg zur Lösung dürfte bereits gegeben sein.

Die ἐπιγονή ist vor allem Herkunftsbezeichnung.[3]) Sie bezeichnet die im Lande geborene fremdstämmige, also nichtägyptische Bewohnerschaft Gräko-Ägyptens. Sie tritt also in einen doppelten Gegensatz: in einen Gegensatz zu den Ägyptern, denen gegenüber sie sich wohl auch als das Herrenvolk fühlt, Ägypter führen den Beisatz τῆς ἐπιγονῆς

[1]) „Es wäre doch zu auffallend, wenn die Könige (die Perser) bei der Personalexekution schlechter gestellt hätten als die anderen Nichtägypter. Das wird nur verständlich, wenn wir annehmen, sie hätten dies (in einem νόμος πολιτικός) gewollt und beschlossen.“

[2]) Oder soll man im Sinne Schönbauers (vgl. S. 245) vielleicht sagen, nur die Nachkommenschaft der seinerzeit in einem Militärverbande eingetragenen Perser? Aber hat sich die ἀγώγιμος-Klausel nur auf solche bezogen? Und auch dann wäre der Kreis noch übermäßig groß.

[3]) Im Gegensatz zur πολίτευμα-Bezeichnung Πέρσης, Μακεδών, Λιβύς usf., die uns über Herkunft und Abstammung nichts sagt. Vgl. die Zuweisung des Makedonen Asklepiades zum πολίτευμα der Kreter (Tebt. 32 = Chrest. I nr. 448, lin. 17) oder die Einreihung des Perserepigonen Theotimos in das πολίτευμα der Myser (oben S. 181 Anm. 1).

nie[1]); dann auch in einen Gegensatz zu den eigenen Konnationalen draußen: sie ist die in Ägypten geborene fremdstämmige Bevölkerung. Das entspricht allein dem Wortsinn. Ἐπίγονοι sind die im Lande dazu geborenen, Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς ist soviel wie Perser von der ἐπιγονή oder anders ausgedrückt der in Ägypten geborene Nachkomme der eingewanderten persischen Bevölkerung. Das ist auch die Auffassung, die von ägyptologischer Seite seit jeher vertreten worden ist[2]), aus deren Arbeitsgebiet Bouché-Leclercq (der diese Auffassung nicht teilt) eine hübsche Parallele beigebracht hat (hist. des Lagides IV 30, 1), den Beisatz demotischer Personennamen „Grieche geboren in Ägypten", was natürlich nichts anderes ist als Ἕλλην τῆς ἐπιγονῆς. Der „Reichsgrieche" hat nie so geheißen. Vgl. jetzt auch Wilcken, Arch. VI S. 368 und dazu meinen Artikel in dieser Zeitschrift, unten in den Miszellen.

Dennoch trifft diese Auffassung das Wesen der ἐπιγονή nicht ganz. Die ἐπιγονή bezeichnet die im Lande geborene Kolonistenschaft, aber nicht die ganze, sondern nur einen, allerdings weitaus den größten Teil derselben. Ἐπιγονή ist der Inbegriff der im Lande geborenen fremdstämmigen Bevölkerung gleicher Nationalität, soweit sie nicht in einem πολίτευμα organisiert ist. Der Soldat mit der πολίτευμα-Bezeichnung Πέρσης[3]) ist nicht ἐπιγονή, auf ihn beziehen sich die ἀγώγιμος-Sätze nicht. Der Gegensatz von πολίτευμα und ἐπιγονή ist unverkennbar, und es ist nur verständlich, wenn ein Gelehrter wie Schubart, dessen Untersuchungen von den πολιτεύματα-Organisationen ausgegangen sind, nur diese Seite des ἐπιγονή-Begriffes gesehen hat. Πολίτευμα und ἐπιγονή schließen sich schlechterdings aus.

---

[1]) Der Quartierwirt Esoroëris (oben S. 182 Anm. 3) macht keine Ausnahme. Er ist nicht Ägypter, wie Schubart aus dem Namen folgert, der Name beweist gar nichts; der ἐπιγονή-Zusatz soll im Gegenteil den Adressaten der Beschwerde aufmerksam machen, daß er es, trotz des Namens, nicht mit einem Ägypter zu tun hat.

[2]) Vgl. Révillout, précis du droit égyptien S. 1346, 3; Reinach in seinen Papyri S. 20–21.

[3]) Es ist freilich daran zu erinnern, daß der Sprachgebrauch oft lässig ist. Gelegentlich nennt sich auch ein ἐπιγονή-Angehöriger Πέρσης, Μακεδών schlechtweg. Beispiele P. Rein. S. 31; siehe auch P. Lond. I nr. 20 (S. 9) verglichen mit nr. 23 (S. 38).

Das zeigt sich bei den Truppenverbänden, die ja alle *πολιτεύματα* sind, mit überraschender Deutlichkeit. Der Epigone, der Landwehrsoldat wird und damit die Zugehörigkeit zu einem *πολίτευμα* erhält, wirft den Beisatz *τῆς ἐπιγονῆς* ab: er ist aus der *ἐπιγονή* ausgeschieden. Der Perserepigone *Θεότιμος Φιλέου* von Fay. 11 z. B. ist in Fay. 12 *Μυσὸς τῆς τετάρτης ἱππαρχίας*, also Soldat. Er ist nicht mehr *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς*, sondern *Μυσός*, d. i. Angehöriger des *πολίτευμα* der Myser. Wenn der *ἐπιγονή*-Beisatz, wie wir früher sahen, geradezu den Zivilisten bezeichnet, so hat das seinen Grund nur darin. In der *ἐπιγονή* blieben wirklich nur die Zivilisten zurück, das Militär fiel vermöge seiner *πολίτευμα*-Stellung aus ihr heraus. Wechselbeziehungen bestehen natürlich. *Ἐπιγονή* und *πολίτευμα* stehn sich landsmannschaftlich nahe, Kolonisten in fremdem Land sind sie beide, und die *πολιτεύματα* haben sich (wie im obigen Falle) wohl allermeist aus der *ἐπιγονή* ergänzt, Anwerbungen außer Landes werden ja nicht immer vorgenommen worden sein. Aber während die *πολιτεύματα* die Auslese darstellen der Personen in staatsrechtlich gehobener Stellung, denen, wie Schubart außerordentlich wahrscheinlich gemacht hat (Klio X 44 ff.), das ptolemäische Königshaus sogar den Schein einer gewissen Autonomie gewährt hat, ist die *ἐπιγονή* die breite Masse der nicht in eine staatsrechtlich gehobene Stellung aufgerückten Kolonistenschaft. Sondernormen mögen auch für sie gegolten haben, die *ἀγώγιμος*-Klausel der persischen *ἐπιγονή* ist ein Beispiel, und auch eigene Matrikeln mögen über sie geführt worden sein[1]), aber von einem Selbstbestimmungsrecht, von *νόμοι πολιτικοί* ist keine Rede. Dementsprechend sind die *πολιτεύματα* geschlossene Körper mit beschränkter Mitgliederzahl (oben S. 184 Anm. 1), die *ἐπιγονή* ist nicht geschlossen und die Zahl ihrer Mitglieder übertrifft die der *πολιτεύματα* um ein Vielfaches (oben S. 180 Anm. 1). Die *ἐπιγονή* ist das große Reservoir, aus dem die *πολιτεύματα* schöpften, *ἐπιγονή* ist alles, was nicht *πολίτευμα* ist.[2])

---

[1]) Wie für die *πολιτεύματα*, für die sie durch Tebt. 32 = Chrest. I nr. 448 bezeugt sind.

[2]) Im einzelnen ist noch vieles unklar, das Material muß auf Grund der angegebenen Gesichtspunkte neu geprüft werden. Nur

II. Die Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς sind also die in Ägypten geborenen Nachkommen der eingewanderten Perser gewesen, soweit sie nicht Mitglied eines πολίτευμα waren, im wesentlichen also mit Ausschluß des Militärs. Die Bedeutung dieser Einschränkung wird noch hervortreten. Es ist nicht zuviel behauptet, wenn man annimmt, daß der Hauptteil dieser Einwanderung noch in die Zeit der persischen Herrschaft fiel.[1]) Hält man das aber fest, so wird manches ver-

einige Fragen: 1. Sind alle Soldaten πολίτευμα-Angehörige, auch alle Söldner? Bei dem Kephalos von Rein. 7 (dem Vater des Διονύσιος Κεφαλᾶτος der Reinachpapyri), der μισθόφορος ist, fehlt die πολίτευμα-Bezeichnung, während sein jüngerer Sohn Paësis, der sich in einem gleichen Verhältnis befindet, sie hat (er ist Λιβύς, P. Rein. 14). — 2. Wie verhalten sich ἐπιγονή und κλῆρος? Der Μενέδημος des P. Berol. 11 773 (lin. 13), 215/4 v. Chr. (siehe oben S. 181 Anm. 4) ist Θέσσαλος τῆς ἐπιγονῆς, also jedenfalls nicht πολίτευμα-Angehöriger. Und doch hat er sich unter den κλῆρος-Inhabern der κάτω τοπαρχία von Oxyrhynchus befunden, denn er ist weiter bezeichnet „τῶν κεκληρουχημένων τῆς κάτω τοπαρχίας ὑπὸ Τηλέμαχον?“ Soll das heißen, daß schon im 3. Jahrh. v. Chr. Land auch an Nichtmilitär ausgetan wurde? Kaum. Das ὑπὸ Τηλέμαχον (nicht Τηλεμάχου, vgl. Hamb. 26) weist auf militärisches Kommando hin. Vermutlich handelt es sich um einen Mann, der im Begriffe steht, in ein πολίτευμα einzutreten. Die Vorbedingung dazu, die Übernahme des κλῆρος, hat er bereits erfüllt (vgl. Tebt. 32, 18, wo die Übernahme des κλῆρος wie eine Vorbedingung der Aufnahme erscheint). Aber die Frage muß untersucht werden, die Ausführungen Schönbauers dazu (Sav.-Z. 39 S. 239 f.) sind durch die Feststellungen des Textes teilweise überholt. — 3. Wie wirkt die πολίτευμα-Stellung auf die Familie ein? Wenn ein Perserepigone Μυσός oder Λιβύς wird, treten dann auch seine Angehörigen in das πολίτευμα ein, oder fallen sie in dessen ἐπιγονή, oder bleiben sie in der alten? Gewöhnlich wird ersteres angenommen, weil bei der Aufnahme des Asklepiades auch dessen 6 Monate alter Sohn Ptolemaios eingetragen wird. Aber war das immer so? Man denke an die merkwürdigen Verhältnisse des Perserepigonen Διονύσιος Κεφαλᾶτος, dessen Vater Soldat war (Ethnikon unbekannt), die Mutter Περσίνη, der Bruder wieder Soldat mit der πολίτευμα-Bezeichnung Λιβύς. — 4. Die ἐπιγονή wird bisweilen den Stadtbewohnern gegenübergestellt, in P. Frank. 2, 11 (Sitzungsberichte Heidelberg 1920 phil.-hist. Kl. nr. 14) z. B. einem Ὀξυρυγχίτης. War deren Organisation πολίτευμα?

[1]) Und nicht erst in die mazedonische Zeit, wie die herrschende Lehre annimmt, die, durch ihre Auffassung über den militärischen Charakter der ἐπιγονή (dagegen oben den Text) dazu gedrängt, in der persischen ἐπιγονή die Nachkommenschaft der von den Ptolemäern

ständlich, die hybride Stellung dieser Klasse, vielleicht auch die *ἀγώγιμος*-Klausel.

Schubart hat bemerkt bei Besprechung der alexandrinischen Urkunden (Arch. f. Papyrusf. V 112), daß die Perser Alexandriens eine gehobene und doch wieder eine gedrückte Stellung einnehmen. Er wird richtig gesehen haben, und seine Beobachtung wird sich verallgemeinern lassen. Für die Nachkommen der einstmals herrschenden Nation, die ihr Herrenrecht an die mazedonischen Eroberer verloren hatte, ist beides verständlich. Aus den Zeiten der Perserherrschaft datiert die gehobene Stellung, die sie aus der Masse der einheimischen Bevölkerung heraushob: auch die Perserschaft ist *ἐπιγονή*; aus der Zeit des Sturzes dieser Herrschaft die gedrückte Lage, die sich unter anderem[1]) auch in der *ἀγώγιμος*-Klausel äußert.

Es ist zwar die Meinung verbreitet, daß es zur Politik der neuen Herren gehört hätte, sich mit den niedergeworfenen Persern nicht ganz schlecht zu stellen, insbesondere soll Euergetes II. nach dem Vorbilde Alexanders, um ein Gegen-

---

angesiedelten Militärkolonisten sieht. Solche Militärkolonien sind bezeugt (aber nicht durch die *Πέρσαι τῶν προσγραφέντων* von Lond. II S. 15! Siehe oben S. 184 Anm. 1). Der Hauptsache nach dürften aber unsere Perser nicht erst von den Ptolemäern ins Leben gerufen, sondern von ihnen in der persischen Provinz Ägypten bereits vorgefunden worden sein. So auch Bouché-Leclercq, hist. d. Lagides IV 39. Daß der erste *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* uns erst 250 v. Chr. begegnet (Hibeh 93), besagt nichts, aus früherer Zeit haben wir überhaupt nur wenig Nachrichten. Wie willkürlich Schätzungen sind, zeigt die Bemerkung Meyers, Heerwesen S. 13: „Die Zahl der Leute persischer Abstammung in Ägypten muß zu dieser Zeit (3. Jahrh.) noch beträchtlich gewesen sein“, gemessen an der Feststellung Jonguet-Lefèvres (Magd. 8, 1): nous connaissons peu de *Πέρσαι τ. ἐ.* ayant vécu au IIIe siècle. Besonders häufig tritt die persische *ἐπιγονή* in römischer Zeit auf, während die anderen Epigonengruppen verschwinden. Deren Herkunftsländer sind im römischen Reiche aufgegangen, während Persien, oder was man in Ägypten darunter verstand, der nicht unterworfene früher persische Orient, der Römerherrschaft trotzte. Das wirkte auf die persische *ἐπιγονή* zurück.

[1]) Die *Πέρσαι (τῆς ἐπιγονῆς)* führen häufig griechische Namen. Hängt das nicht vielleicht damit zusammen, daß die Perserschaft nach dem großen Umsturz im Griechentum unterzutauchen suchte und daher nach Möglichkeit griechische Namen annahm?

II. Die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* sind also die in Ägypten geborenen Nachkommen der eingewanderten Perser gewesen, soweit sie nicht Mitglied eines *πολίτευμα* waren, im wesentlichen also mit Ausschluß des Militärs. Die Bedeutung dieser Einschränkung wird noch hervortreten. Es ist nicht zuviel behauptet, wenn man annimmt, daß der Hauptteil dieser Einwanderung noch in die Zeit der persischen Herrschaft fiel.[1]) Hält man das aber fest, so wird manches ver-

---

einige Fragen: 1. Sind alle Soldaten *πολίτευμα*-Angehörige, auch alle Söldner? Bei dem Kephalos von Rein. 7 (dem Vater des *Διονύσιος Κεφαλᾶτος* der Reinachpapyri), der *μισθόφορος* ist, fehlt die *πολίτευμα*-Bezeichnung, während sein jüngerer Sohn Paësis, der sich in einem gleichen Verhältnis befindet, sie hat (er ist *Λιβύς*, P. Rein. 14). — 2. Wie verhalten sich *ἐπιγονή* und *κλῆρος*? Der *Μενέδημος* des P. Berol. 11 773 (lin. 13), 215/4 v. Chr. (siehe oben S. 181 Anm. 4) ist *Θέσσαλος τῆς ἐπιγονῆς*, also jedenfalls nicht *πολίτευμα*-Angehöriger. Und doch hat er sich unter den *κλῆρος*-Inhabern der *κάτω τοπαρχία* von Oxyrhynchus befunden, denn er ist weiter bezeichnet „*τῶν κεκληρουχημένων τῆς κάτω τοπαρχίας ὑπὸ Τηλέμαχον*?" Soll das heißen, daß schon im 3. Jahrh. v. Chr. Land auch an Nichtmilitär ausgetan wurde? Kaum. Das *ὑπὸ Τηλέμαχον* (nicht *Τηλεμάχου*, vgl. Hamb. 26) weist auf militärisches Kommando hin. Vermutlich handelt es sich um einen Mann, der im Begriffe steht, in ein *πολίτευμα* einzutreten. Die Vorbedingung dazu, die Übernahme des *κλῆρος*, hat er bereits erfüllt (vgl. Tebt. 32, 18, wo die Übernahme des *κλῆρος* wie eine Vorbedingung der Aufnahme erscheint). Aber die Frage muß untersucht werden, die Ausführungen Schönbauers dazu (Sav.-Z. 39 S. 239 f.) sind durch die Feststellungen des Textes teilweise überholt. — 3. Wie wirkt die *πολίτευμα*-Stellung auf die Familie ein? Wenn ein Perserepigone *Μυσός* oder *Λιβύς* wird, treten dann auch seine Angehörigen in das *πολίτευμα* ein, oder fallen sie in dessen *ἐπιγονή*, oder bleiben sie in der alten? Gewöhnlich wird ersteres angenommen, weil bei der Aufnahme des Asklepiades auch dessen 6 Monate alter Sohn Ptolemaios eingetragen wird. Aber war das immer so? Man denke an die merkwürdigen Verhältnisse des Perserepigonen *Διονύσιος Κεφαλᾶτος*, dessen Vater Soldat war (Ethnikon unbekannt), die Mutter *Περσίνη*, der Bruder wieder Soldat mit der *πολίτευμα*-Bezeichnung *Λιβύς*. — 4. Die *ἐπιγονή* wird bisweilen den Stadtbewohnern gegenübergestellt, in P. Frank. 2, 11 (Sitzungsberichte Heidelberg 1920 phil.-hist. Kl. nr. 14) z. B. einem *Ὀξυρινχίτης*. War deren Organisation *πολίτευμα*?

[1]) Und nicht erst in die mazedonische Zeit, wie die herrschende Lehre annimmt, die, durch ihre Auffassung über den militärischen Charakter der *ἐπιγονή* (dagegen oben den Text) dazu gedrängt, in der persischen *ἐπιγονή* die Nachkommenschaft der von den Ptolemäern

ständlich, die hybride Stellung dieser Klasse, vielleicht auch die *ἀγώγιμος*-Klausel.

Schubart hat bemerkt bei Besprechung der alexandrinischen Urkunden (Arch. f. Papyrusf. V 112), daß die Perser Alexandriens eine gehobene und doch wieder eine gedrückte Stellung einnehmen. Er wird richtig gesehen haben, und seine Beobachtung wird sich verallgemeinern lassen. Für die Nachkommen der einstmals herrschenden Nation, die ihr Herrenrecht an die mazedonischen Eroberer verloren hatte, ist beides verständlich. Aus den Zeiten der Perserherrschaft datiert die gehobene Stellung, die sie aus der Masse der einheimischen Bevölkerung heraushob: auch die Perserschaft ist *ἐπιγονή*; aus der Zeit des Sturzes dieser Herrschaft die gedrückte Lage, die sich unter anderem[1]) auch in der *ἀγώγιμος*-Klausel äußert.

Es ist zwar die Meinung verbreitet, daß es zur Politik der neuen Herren gehört hätte, sich mit den niedergeworfenen Persern nicht ganz schlecht zu stellen, insbesondere soll Euergetes II. nach dem Vorbilde Alexanders, um ein Gegen-

---

angesiedelten Militärkolonisten sieht. Solche Militärkolonien sind bezeugt (aber nicht durch die *Πέρσαι τῶν προσγραφέντων* von Lond. II S. 15! Siehe oben S. 184 Anm. 1). Der Hauptsache nach dürften aber unsere Perser nicht erst von den Ptolemäern ins Leben gerufen, sondern von ihnen in der persischen Provinz Ägypten bereits vorgefunden worden sein. So auch Bouché-Leclercq, hist. d. Lagides IV 39. Daß der erste *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* uns erst 250 v. Chr. begegnet (Hibeh 93), besagt nichts, aus früherer Zeit haben wir überhaupt nur wenig Nachrichten. Wie willkürlich Schätzungen sind, zeigt die Bemerkung Meyers, Heerwesen S. 13: „Die Zahl der Leute persischer Abstammung in Ägypten muß zu dieser Zeit (3. Jahrh.) noch beträchtlich gewesen sein", gemessen an der Feststellung Jonguet-Lefèvres (Magd. 8, 1): nous connaissons peu de *Πέρσαι τ. ἐ.* ayant vécu au III[e] siècle. Besonders häufig tritt die persische *ἐπιγονή* in römischer Zeit auf, während die anderen Epigonengruppen verschwinden. Deren Herkunftsländer sind im römischen Reiche aufgegangen, während Persien, oder was man in Ägypten darunter verstand, der nicht unterworfene früher persische Orient, der Römerherrschaft trotzte. Das wirkte auf die persische *ἐπιγονή* zurück.

[1]) Die *Πέρσαι (τῆς ἐπιγονῆς)* führen häufig griechische Namen. Hängt das nicht vielleicht damit zusammen, daß die Perserschaft nach dem großen Umsturz im Griechentum unterzutauchen suchte und daher nach Möglichkeit griechische Namen annahm?

gewicht gegen die angeblich übermütig gewordenen Makedonen zu schaffen, eine ausgesprochen perserfreundliche Richtung eingeschlagen haben.[1]) Es ist schon angedeutet worden (oben S. 182/3), daß diese von Meyer in die Welt geschickte Behauptung, die sich nur darauf stützt, daß die Ptolemäer, was weiter nicht verwundert, in ihre Armee auch Perser eingestellt haben, jedes Grundes entbehrt; das einzige unanfechtbare Zeugnis, das wir haben, die ἀγώγιμος-Klausel, spricht eine andere Sprache. Die Gefühle der Perserschaft zu schonen, hatte in Asien Sinn, wo die Perserschaft die breite Masse bildete, dort hat Alexander seine perserfreundliche Politik getrieben.[2]) In Ägypten, wo die Perser nur eine dünne Oberschicht waren, gegen die sich der Nationalhaß der Griechen wie der Ägypter in gleichem Maße richtete, wäre es unangebrachte Rücksicht gewesen. Die Perserherrschaft hatte hier kaum Wurzel gefaßt, erst 343 v. Chr., also knapp elf Jahre vor Alexanders Einzug, hatte sie Artaxerxes III. Ochos wieder aufgerichtet. Die Erinnerung an die letzten nationalen Dynastien, die zwei Menschenalter hindurch (408—343 v. Chr.), im wesentlichen mit griechischer Hilfe, Ägypten von den Persern frei gehalten hatten, war noch lebendig, ebenso die Erinnerung an die Greueltaten und Tempelschändungen, mit denen Ochos, darin noch Kambyses übertreffend, sein Werk gekrönt hatte.[3]) Um in Ägypten Fuß zu fassen, war es die von selbst gegebene Politik, an die letzten nationalen Dynastien anzuknüpfen und die Perserfeindschaft möglichst herauszukehren. Das hat schon Alexander getan, der in betontem Gegensatz zur Perserzeit wieder den ägyptischen Heiligtümern seine Verehrung bezeugte, ja den abenteuerlichen Zug in die Oase des Ammon nicht scheute, wo ihn die Priesterschaft zum Sohne dieses

[1]) Verleihung des Namens Πέρσαι an das „Leibregiment“ des Königs als programmatische Bezeichnung des neuen Kurses: Meyer, Heerwesen S. 82/3. Vgl. dazu Schubart, Archiv f. Papyrusf. II 154.

[2]) Arrian Anabasis VII 4, 4 f.; Diodor XVII 107, 6; Justinus XII 10, 10; Plutarch Alex. 70.

[3]) Ein ganzer Sagenkreis hatte sich gebildet, Ochos soll den Apis geschlachtet, den heiligen Bock getötet, die Mauern geschleift, die Heiligtümer geplündert haben. Vgl. Nöldeke bei Pauly-Wissowa, Realenz. I Sp. 1319.

Gottes und zum Pharao ausrief. In dem bekannten Alexanderroman erscheint Alexander nicht als der Sohn Philipps von Mazedonien, sondern als Sohn des von Ochos vertriebenen letzten Pharaos Nectanebur II., der, von den Göttern in den Olymp entrückt, dort Alexander zeugte, welcher dann als Rächer seines Vaters die Perser wieder verjagt.[1] Diese Haltung setzen die Ptolemäer zielbewußt fort, sie unterlassen es in keiner Weise, die eigene religions- und priesterfreundliche Haltung der Haltung des persischen Tempelräubers gegenüberzustellen.[2] Sie sind es, die den Tempeln die von den Persern geraubten Heiligtümer erstatten. Die berühmte Cairener Satrapenstele zeigt den Begründer der Dynastie, Ptolemaeus Lagu, wie er, noch Satrap, der Göttin Bùto die Ländereien wiedergibt, die Xerxes konfisziert hatte. Der Vorgang wiederholt sich. Auch in der Inschrift von Pithom aus der Zeit des Philadelphus (285—246 v. Chr.) und in den Inschriften von Adulis und Kanopos aus der Zeit Euergetes' I. (246—221) findet sich der schon aus der Satrapenstele bekannte Satz: und er brachte aus Asien zurück die Götterbilder, die Eigentum der Tempel waren, und stellte sie wieder an ihren vorigen Platz.[3] Der Satz ist, um ein Wort Bouché-Leclercqs zu gebrauchen (hist. des Lagides IV 105, 3) bereits Klischee geworden.

Das Bild, das diese Dokumente zeigen, mag gefärbt, die Haltung der ptolemäischen Könige, Wilcken macht darauf aufmerksam, durchaus nicht so religions- und vor allem priesterfreundlich gewesen sein, wie sie es hinstellen, wie andrerseits auch die Haltung der Perser nicht ausschließlich nach den Taten eines Kambyses und Ochos beurteilt werden darf.[4] Aber das steht hier nicht in Frage. Entscheidend ist, daß all diese Dokumente eine Rücksicht auf

---

[1]) Vgl. dazu Wiedemann, Ägyptische Geschichte II S. 722.

[2]) Zum Folgenden: Bouché-Leclercq, hist. des Lagides I 103 f. Wilcken, Grundzüge S. 93.

[3]) Z. B. die Inschrift von Kanopos (Dittenberger, or. gr. I 56, 10): *καὶ τὰ ἐξενεχθέντα ἐκ τῆς χώρας ἱερὰ ἀγάλματα ὑπὸ τῶν Περσῶν ἐξστρατεύσας ὁ βασιλεὺς ἀνεσώισεν εἰς Αἴγυπτον καὶ ἀνέδωκεν ἐις τὰ ἱερὰ ὅθεν ἕκαστον ἐξ ἀρχῆς ἐξήχθη.*

[4]) Vgl. Tiele, Geschichte der Religion im Altertum bis auf Alexander, I (1896) S. 116.

die Perserschaft, eine perserfreundliche Haltung jedenfalls nicht erkennen lassen. Der Perser wird als der Erbfeind hingestellt, die Dynastie ist die Erretterin des Volkes aus der religiösen Not, die der Perser über Ägypten gebracht hat. Daß der zweite Euergetes mit dieser Tradition gebrochen, daß er durch eine plötzlich betonte Perserfreundschaft die eigenen Makedonen und das damals sehr starke Ägyptertum zugleich vor den Kopf gestoßen hätte, ist angesichts der damaligen dynastischen Wirren wahrlich nicht anzunehmen, das häufigere Auftreten persischen Militärs in dieser Zeit erklärt sich einwandfrei aus dem reichlicheren Fließen der Quellen. In Ägypten haben, das gelegentliche Vorkommen ägyptischer Priester aus der persischen *ἐπιγονή*[1]) ändert daran nichts, stets die Perser die moralischen Kosten der staatlichen Religionspolitik bestreiten müssen. —

Mit diesem ganzen ägypterfreundlichen und darum perserfeindlichen Zug der ptolemäischen Religionspolitik hängt nun meines Erachtens auch die Entstehung der *ἀγώγιμος*-Klausel zusammen. Die Klausel, die sicher viel älter ist, als die uns erhaltenen Belege erkennen lassen (hinter 133 v. Chr. reicht keiner zurück), und deren Entstehung in die Zeit der makedonischen Eroberung zurückgehn dürfte[2]),

---

[1]) P. Grenfell I 44; BGU. I 290; Tebt. II 320. Vgl. Otto, Priester und Tempel I S. 225.

[2]) Die Hauptmasse der *ἀγώγιμος*-Dokumente, die Urkunden von BGU. IV fallen in die Zeit Augusts. Aus späterer Zeit ist ein Beleg überliefert, Oxy. XII 1471 (81 n. Chr.); aus früherer Zeit zwei: die Gestellungsbürgschaft Lond. II nr. 220 C. II S. 6 (siehe oben S. 176 Anm. 2), 133 v. Chr., und Oxy. XIV 1639, von den Herausgebern ursprünglich (siehe die Einl. zu Oxy. 1471) in das 9. Jahr Augusts (22 v. Chr.), jetzt aber mit Rücksicht auf den Schriftcharakter in das 9. Jahr entweder des Auletes (73 v. Chr.) oder Cleopatra VI (44 v. Chr.) gesetzt (Einl. zu Oxy. 1639). Ältere Belege haben wir nicht. Aber das argumentnm a silentio ist überhaupt ein schlechter Beweis, und die innere Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß die *ἀγώγιμος*-Sätze entstanden sind, als der Gegensatz von Persern und Makedonen noch schroff, und nicht erst später, wo er schon gemildert war. Die *ἀγώγιμος*-Klausel tritt uns übrigens nicht in allen Schuldscheinen der Perserepigonen entgegen. Der *Διονύσιος Κεφαλᾶτος* gebraucht sie in keinem seiner zahlreichen Getreideschuldscheine (P. Rein. 8—10, 14—16, 20—24, 26, 28, 30—32, alle Ende des 2. Jahrh. v. Chr.). Vielleicht kam

hat vor allem einen religiösen Hintergrund. Sie will die Nation treffen, die sich außerhalb der Religion gestellt hat, ihr Sinn ist, auf den Schutz, den die heiligen Stätten selbst dem Verbrecher gewähren, sollen sich nicht Angehörige eines Volkes berufen dürfen, das diese Stätten entweiht und die Religion des frömmsten aller Völker mit Füßen getreten hat. Mit der Asylie, die ja vor allem relgiösen Charakter hat, mit nichts anderem hängt unsere Klausel zusammen. Diese Lösung schien mir von Anbeginn an wahrscheinlich, und ich darf wohl feststellen, daß ich sie bereits vor Bekanntwerden von Oxy. XIV in Vorlesungen und Übungen vertreten habe; denn sie erklärt am ungezwungensten, warum gerade die Perser *ἀγώγιμοι* werden und nicht die anderen *ἐπιγονή*-Angehörigen, ja vielleicht nicht einmal, aber das muß als ganz hypothetisch hingestellt werden, die so gedrückten Ägypter. Sie wird jetzt durch Oxy. XIV 1639 (73 oder 44 v. Chr.) auf das schönste bestätigt. Diese wichtige Urkunde, interessant auch dadurch, daß sie unsere Klausel augenscheinlich noch in einer älteren Fassung bringt als die durch BGU. IV bekannte[1]), ist ein *χιρόγραφον* aus Oxyrhynchus und nicht wie die ganze Masse der bisherigen *ἀγώγιμος*-Urkunden (mit alleiniger Ausnahme von Lond. II S. 6 = Chrest. II nr. 35 [2]) eine alexandrinische Synchoresis. Das Tatsächliche ist nicht ganz klar, wahrscheinlich handelt es sich um einen Verkauf aus künftiger Ernte. Die Brüder Orsenuphis und Pekysis, beide wieder *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς*, haben bereits im *Φαῶφι* (September-Oktober) von ihrer im darauffolgenden *Παῦνι* (Mai-Juni) verfügbar werdenden

---

sie für ihn nicht in Betracht, weil er als *βασιλικὸς γεωργός* gewisse Exekutionserleichterungen (vgl. Rein. 18 und 19) hatte. Aber die Klausel fehlt auch sonst sehr häufig. Vgl. etwa Amh. 46—48, 50; Fay. 11, 89, 91; Tebt. I 105, 110, II 312, 338; P. Hamb. 2. Viellleicht trat die *ἀγώγιμος*-Wirkung in der älteren Zeit schon ex lege ein, so daß es der Klausel nicht bedurfte. Siehe dazu unten S. 196 Anm. 2.

[1]) Das folgt nicht so sehr aus dem höheren Alter der Belegstelle als aus der ganzen Anordnung der Klausel, die noch nicht das ververworrene Durcheinander der späteren Texte aufweist. Siehe unten S. 194/5.

[2]) Vermutlich gleichfalls ein *χιρόγραφον*.

Ernte[1]) einem Katökenreiter namens Theon 30 Artaben Weizen verkauft. Den Kaufpreis (er ist nicht genannt) haben sie laut Bankbestätigung (lin. 30, 31) auch schon angewiesen erhalten. In unserer Urkunde, datiert vom 20. *Φαῶφι*, quittieren sie die Zahlung und umschreiben ihre Leistungspflicht genauer. Lieferungstermin ist der *Παῦνι*, der Monat, in dem die neue Ernte verfügbar wird. Lieferungsort nach der sehr wahrscheinlichen Ergänzung der Herausgeber das Sarapieion. Für jede nicht gelieferte Artabe sollen 4000 Erzdrachmen bezahlt werden. Diese Verpflichtung steht unter dem Schutze der Exekutiv-, der *πίστις*- und der *ἀγώγιμος*-Klausel. Die entscheidende Stelle lautet:

ἧς ἐὰν μὴ ἀποδῶσι χαλκοῦ δραχμὰς τετρακισχιλίας
τῆς πράξεως σοι οὔσης ἔκ τε ἀμφοτέρων καὶ ἐξ οὗ ἐὰν
15 *αἱρῆι καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων ἡ[μ]ῖν πάντων καθάπερ*
ἐκ δίκη[ς], μὴ μενουσῶν ἡμῖν π[ί]στεων [κ]αθ' ὀντινοῦν
τρό[πον, τ]ῶν δ' ἐπενεχθησομένων ὑφ' ἡμῶν ἀκύρων
οὐσῶν. ἀ[γ]ώγιμοι σο[ι δὲ] ἐσόμεθα ἐπί τε τοῦ προωνο-
μασμ[έ]νου Σαραπιείου καὶ ἐπὶ παντὸς ἀσύλου καὶ
20 *ἄρχοντ[ο]ς καὶ ὅπου ἂν τῶι καθόλου περιπίπτης ἡμῖν.*

Die drei Klauseln, die sich in fast allen *ἀγώγιμος*-Urkunden finden, die Exekutivklausel (lin. 14, 15), die *πίστις*-Klausel[2]) (lin. 16, 17) und die *ἀγώγιμος*-Klausel (lin. 18—20) treten uns also auch hier entgegen. Während diese Klauseln in den späteren Belegstellen aber ziemlich verworren aneinander gereiht sind, so daß es schwer hält, das Verhältnis der einzelnen Klauseln zueinander, besonders das der Exekutiv- zur *ἀγώγιμος*-Klausel zu bestimmen, ist hier alles

---

[1]) In der Urkunde ist das nicht gesagt, aber die Lieferung ist, wie in solchen Fällen immer, auf den ganzen (d. i. den letzten) *Παῦνι* gestellt, und der *Παῦνι* ist zwar nicht der Erntemonat (die Ernte war schon am 15. März beendet), aber der Monat, an dem die Ernte nach Zahlung der Steuern und Abgaben disponibel wird. P. Rein. S. 35.

[2]) In BGU. IV (z. B. nr. 1170 I) lautet sie gewöhnlich *ἀκύρων οὐσῶν καὶ ὧν ἐὰν ἐπενένκη πίστεων πασῶν σκέπης πάσης. Πίστις* ist Schutzbrief, *σκέπη* Protektion, die beiden Ausdrücke sind koordiniert arg. P. Gradenwitz 3, 10. Oft steht die Klausel allein: BGU. IV 1107, 1108, 1120, 1126, 1136, 1144, 1149, 1151 I, 1175.

übersichtlich geordnet. Die Schuldner unterwerfen sich erstens der Exekutivklausel. Sie verpflichten sich zweitens, keine Schutzbriefe (πίστεις) geltend zu machen; dennoch beigebrachte sollen ohne Kraft sein (die sogenannte πίστις-Klausel). Sie verpflichten sich endlich drittens, dem Gläubiger an jedem Orte zur Verfügung zu stehn (ἀγώγιμος-Klausel):

a) Vor allem vor dem Sarapieion selbst. Sarapistempel als Asylstätten sind uns ja auch sonst bezeugt, vgl. Dittenberger or. gr. 2, 761, P. Par. 42, 10;

b) aber auch vor jedem anderen Asyle (ἐπὶ παντὸς ἀσύλου);

c) des ferneren vor jedem Beamten, ἐπὶ παντὸς ἄρχοντος. Vgl. dazu Teb. I 34.

d) ὅπου ἂν τῶι καθόλου περιπίπτης ἡμῖν, wo der Gläubiger auch sonst auf sie stößt:

Mit anderen Worten, die Schuldner sollen sich der Personalexekution in keiner Weise entziehen können, nicht einmal durch Flucht ins Asyl (das Asyl steht in der Aufzählung voran). Greifen sie dennoch zu diesem Mittel, oder stellen sie sich unter den Schutz eines Beamten, so soll das nichts fruchten: wie von jedem anderen Ort, so soll der Gläubiger sie auch von dorther holen können.[1])

III. Damit dürfte bewiesen sein, daß die ἀγώγιμος-Klausel mit der Asylie zusammenhängt. Ist dem aber so, so gewinnt auch die Klausel neuen Sinn. Eine zweite Art der Personalexekution zu schaffen, die der regulären (in der Vollstreckungsklausel oder einem sonstigen Exekutionstitel begründeten) Exekution parallel läuft, war ihre Aufgabe danach nicht. Sie stellt sich im Gegenteil, wie die Anordnung von Oxy. 1639 deutlich erkennen läßt, nur in den Dienst der regulären Exekution, sie will deren Durchführung sichern. Darum soll unschädlich gemacht werden, was sich diesem Zwecke in den Weg stellen kann, Asylie, Beamtenprotektion, Schutzbriefe und dergl. Die Folgepflicht, die die Klausel hierbei festsetzt („wir sind dir ἀγώγιμοι, wo du

[1]) Man wird bemerken, das irreführende συνέχεσθαι μέχρι τοῦ ἐκτεῖσαι der späteren Urkunden fehlt. Es ist überflüssig, weil schon in der Exekutivklausel enthalten.

uns antriffst"), wird den Romanisten an die Folgepflicht im Fall der in jus vocatio erinnern, die den Beklagten gleichfalls zwang, einem Privatakt, der Ladung, Folge zu leisten, widrigenfalls der Gläubiger sogar Hand an ihn anlegen konnte.[1]) Mit der privaten Schuldknechtschaft aber, worauf Lewald seine gewiß vorsichtig begründete Hypothese aufbaut, hat die Klausel nichts zu schaffen.

All das bedarf nun freilich näherer Darlegung, die hier nicht geboten werden kann. Jedenfalls tritt von dem neuen Gesichtspunkt aus manches, was bisher nicht recht zu deuten war, in neue Beleuchtung. Die Beschränkung der Klausel auf die Perserschaft und hier wieder bezeichnenderweise auf die *ἐπιγονή*, d. i., wie wir gesehen haben, auf die Perserschaft im wesentlichen mit Ausschluß des Militärs, wird verständlich (wobei vielleicht vermutet werden darf, daß das *ἀγώγιμον εἶναι* in der älteren Zeit schon ex lege auch ohne besondere Unterwerfungsklausel eintrat).[2]) Das vieldeutige *παραχρῆμα ἀγώγιμον εἶναι* so vieler *ἀγώγιμος*-Urkunden (z. B. BGU. 1054) gewinnt vielleicht neues Licht: die übliche Respektsfrist wird nicht abgewartet[3]), sofort muß der Flüchtling ausgeliefert werden. Auch sonst eröffnet sich mancher Ausblick. Der Ausschluß der Judenschaft von dem Asylschutz christlicher Kirchen (C. Theod. 9, 49, 2, 397 n. Chr.) steht nicht mehr vereinzelt, diese hart

---

[1]) Zwölftafeln I 1 und 2: Si in ius vocat, ito. Ni it, antestamino: igitur em (eum) capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito.

[2]) Vgl. BGU. 1142. Wenn sich Apollophanes dem *ἀγώγιμον εἶναι* unterwirft *ὡς κεχρηματικὼς Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* (siehe auch Oxy. 271 lin. 10/11), so sieht es fast so aus, als würde die Klausel nur hervorheben, was auch ohne Klausel die Folge des *χρηματίζειν ὡς Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς* ist. In gleiche Richtung weist vielleicht der Umstand, daß sich die *ἀγώγιμος*-Klausel auch in Handscheinen findet: Oxy. 1639 und wohl auch Lond. II nr. 220 Col. II S. 6. Daß ein einfaches *χειρόγραφον* ausgereicht hätte, Folgen so weittragender Art nach sich zu ziehen, ist nicht anzunehmen. Will man nicht Ungültigkeit annehmen, was ein bequemer, Oxy. 1639 gegenüber aber kaum gangbarer Ausweg ist (diese Urkunde lag der Bank vor, die ihre Ungültigkeit wohl beanstandet hätte), so bleibt nur die Erklärung, daß die Schuldscheine bloß wiederholen, was schon ex lege galt.

[3]) Ein Vergleich aus ganz später Zeit: Die 10 Tage von C. Theod. 9, 44, 1.

getadelte Bestimmung[1]) hat in der Behandlung, der die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* in Ägypten vermöge der *ἀγώγιμος*-Bestimmungen unterlagen, jetzt ein Seitenstück gefunden. Unsere Frage, die von einem juristischen Einzelpunkt ausging, sprengt überhaupt den Rahmen einer bloß juristischen Betrachtung. Die weltgeschichtlichen Zusammenhänge werden erkennbar, und es zeigt sich an einem Beispiel, das sinnfälliger nicht sein könnte, an dem Schicksal der Perser in dem vormals von ihnen beherrschten Ägypten, wie ungehemmte Unterdrückung unter Umständen sich an dem Sieger selbst rächt.

---

[1]) Löning, Kirchenrecht I 332 „So ist der der antiken Sittlichkeit fremde Geist der Ausschließlichkeit und Unduldsamkeit schon frühe in der christlichen Kirche selbst in Institutionen der Barmherzigkeit und Nächstenliebe eingedrungen."

XI.

Praestare.[1]

Von

Herrn Professor Dr. **Robert Mayr**

in Prag.

Die Umwertung aller Werte, vielleicht das bezeichnendste Merkmal unserer Zeit, hat nicht bloß von der Sittenwelt, sondern kaum minder auch von den geistigen Gebieten Besitz ergriffen. Mag sie die Moralisten mit Recht besorgt machen, für die Wissenschaft trägt sie reiche Früchte. Aus den Trümmern der zerstörten Überlieferung erblüht allenthalben neues Leben. Verkehrt ist es nur, im stolzen Bewußtsein eines allseits neu begründeten und vertieften Wissens, das die Lösung mancher bisher unlösbar erschienenen Rätsel schon ermöglicht hat und anderer noch erhoffen läßt, die alten Götterbilder zu stürzen, um neue, oft allzu neue an ihre Stelle zu setzen. Die alten Meister der Wissenschaft sind nicht geringer zu achten, weil sich vielfach als Trugbild erwiesen hat, was sie bereits als die Wahrheit erkannt zu haben glaubten. Ihre Leistung muß nur eben an der ihnen verfügbaren Erkenntnis gemessen werden. Nicht der menschliche Geist ist so sehr über sich selbst hinausgewachsen. Bloß ungeahntes Beobachtungsmaterial hat sich ihm in nie erwarteter Fülle erschlossen. Das Verdienst unserer Zeit beschränkt sich im wesentlichen darauf, diese Fülle des Materiales der Be- und Verarbeitung auf alle erdenkliche Weise dienstbar gemacht zu haben. Dadurch ward es leicht, als Fehlschluß aufzuzeigen, was aus dürftigen Bruchstücken erschlossen war. Dadurch werden wir aber auch immer wieder an Bescheidenheit gemahnt, da nur zu leicht morgen uns geschehen kann, was heute den Leuten von gestern widerfährt.

In solchen gedanklichen Zusammenhang gestellt, darf es als selbstverständlich gelten, daß auch die vielbehandelte

[1]) Infolge eines postalischen Mißverständnisses war der Verfasser nicht in der Lage, die Korrekturen selbst durchzusehen.

Frage nach der Bedeutung von praestare in der römischen Rechtssprache kaum zutreffende Antwort finden konnte, solange das entscheidende Quellenmaterial nicht zur vollen Verfügung der Fragesteller stand, daß sie dagegen heute vielleicht in einer Weise zu beantworten ist, die zugleich ihren organischen Zusammenhang mit der Entwicklung der römischen Obligation erkennen läßt.

Die Dreiteilung des Obligationsgegenstandes, von der schon Gaius[1]) spricht und die bei Paulus[2]) wiederkehrt, mußte von jeher dazu verleiten, wie für das *dare* und *facere*, so auch für das *praestare* einen bestimmten besonderen Leistungsinhalt in Anspruch zu nehmen. Schon die Mannigfaltigkeit dieser Versuche, die, auf dasselbe Quellenmaterial gestützt, einander vielfach widersprechen, muß freilich stutzig machen. Gemeinsam ist allen nur die Erkenntnis, daß *praestare* im weiteren oder weitesten Sinne jedwede Leistung bezeichnen kann.[3]) Nur einige wenige[4]) finden die Bedeutung von *praestare* in dieser allgemeinen Verwendung erschöpft. Die meisten suchen daneben nach einer besonderen Bedeutung. Die Vorsichtigen begnügen sich mit der Feststellung, daß diese engere Bedeutung, die Frage, ob das *praestare* neben dem *dare* und *facere* als Inhalt der Obligation noch eine besondere Bedeutung habe und welche, bestritten sei.[5]) Die kaum geringere Zahl

---

[1]) Gaius 4, 2: *In personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.*

[2]) D. 44, 7, 3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

[3]) Marezoll, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß 10, 1837, S. 274 ff. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts 3, 1846, S. 5; Keller, Institutionen 1861, S. 78; Brinz, Pandekten 2² § 238 S. 92 u. a. m.

[4]) Unterholzer, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1, 1840, S. 200, 202; Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß 2, 1865, S. 264 N. 5, 278; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozeß 2, 1882, S. 156.

[5]) Windscheid-Kipp, Pandekten 2⁹ § 252 N. 4; Heumann-Seckel, Handlexikon⁹, 1907, sub v. *praesto* 1b u. a. m.

XI.

Praestare.[1]

Von

Herrn Professor Dr. **Robert Mayr**

in Prag.

Die Umwertung aller Werte, vielleicht das bezeichnendste Merkmal unserer Zeit, hat nicht bloß von der Sittenwelt, sondern kaum minder auch von den geistigen Gebieten Besitz ergriffen. Mag sie die Moralisten mit Recht besorgt machen, für die Wissenschaft trägt sie reiche Früchte. Aus den Trümmern der zerstörten Überlieferung erblüht allenthalben neues Leben. Verkehrt ist es nur, im stolzen Bewußtsein eines allseits neu begründeten und vertieften Wissens, das die Lösung mancher bisher unlösbar erschienenen Rätsel schon ermöglicht hat und anderer noch erhoffen läßt, die alten Götterbilder zu stürzen, um neue, oft allzu neue an ihre Stelle zu setzen. Die alten Meister der Wissenschaft sind nicht geringer zu achten, weil sich vielfach als Trugbild erwiesen hat, was sie bereits als die Wahrheit erkannt zu haben glaubten. Ihre Leistung muß nur eben an der ihnen verfügbaren Erkenntnis gemessen werden. Nicht der menschliche Geist ist so sehr über sich selbst hinausgewachsen. Bloß ungeahntes Beobachtungsmaterial hat sich ihm in nie erwarteter Fülle erschlossen. Das Verdienst unserer Zeit beschränkt sich im wesentlichen darauf, diese Fülle des Materiales der Be- und Verarbeitung auf alle erdenkliche Weise dienstbar gemacht zu haben. Dadurch ward es leicht, als Fehlschluß aufzuzeigen, was aus dürftigen Bruchstücken erschlossen war. Dadurch werden wir aber auch immer wieder an Bescheidenheit gemahnt, da nur zu leicht morgen uns geschehen kann, was heute den Leuten von gestern widerfährt.

In solchen gedanklichen Zusammenhang gestellt, darf es als selbstverständlich gelten, daß auch die vielbehandelte

[1]) Infolge eines postalischen Mißverständnisses war der Verfasser nicht in der Lage, die Korrekturen selbst durchzusehen.

Frage nach der Bedeutung von praestare in der römischen Rechtssprache kaum zutreffende Antwort finden konnte, solange das entscheidende Quellenmaterial nicht zur vollen Verfügung der Fragesteller stand, daß sie dagegen heute vielleicht in einer Weise zu beantworten ist, die zugleich ihren organischen Zusammenhang mit der Entwicklung der römischen Obligation erkennen läßt.

Die Dreiteilung des Obligationsgegenstandes, von der schon Gaius[1]) spricht und die bei Paulus[2]) wiederkehrt, mußte von jeher dazu verleiten, wie für das *dare* und *facere*, so auch für das *praestare* einen bestimmten besonderen Leistungsinhalt in Anspruch zu nehmen. Schon die Mannigfaltigkeit dieser Versuche, die, auf dasselbe Quellenmaterial gestützt, einander vielfach widersprechen, muß freilich stutzig machen. Gemeinsam ist allen nur die Erkenntnis, daß *praestare* im weiteren oder weitesten Sinne jedwede Leistung bezeichnen kann.[3]) Nur einige wenige[4]) finden die Bedeutung von *praestare* in dieser allgemeinen Verwendung erschöpft. Die meisten suchen daneben nach einer besonderen Bedeutung. Die Vorsichtigen begnügen sich mit der Feststellung, daß diese engere Bedeutung, die Frage, ob das *praestare* neben dem *dare* und *facere* als Inhalt der Obligation noch eine besondere Bedeutung habe und welche, bestritten sei.[5]) Die kaum geringere Zahl

[1]) Gaius 4, 2: *In personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.*

[2]) D. 44, 7, 3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

[3]) Marezoll, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß 10, 1837, S. 274 ff. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts 3, 1846, S. 5; Keller, Institutionen 1861, S. 78; Brinz, Pandekten 2² § 238 S. 92 u. a. m.

[4]) Unterholzer, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1, 1840, S. 200, 202; Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß 2, 1865, S. 264 N. 5, 278; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozeß 2, 1882, S. 156.

[5]) Windscheid-Kipp, Pandekten 2⁹ § 252 N. 4; Heumann-Seckel, Handlexikon ⁹, 1907, sub v. *praesto* 1b u. a. m.

XI.

Praestare.[1]

Von
Herrn Professor Dr. **Robert Mayr**
in Prag.

Die Umwertung aller Werte, vielleicht das bezeichnendste Merkmal unserer Zeit, hat nicht bloß von der Sittenwelt, sondern kaum minder auch von den geistigen Gebieten Besitz ergriffen. Mag sie die Moralisten mit Recht besorgt machen, für die Wissenschaft trägt sie reiche Früchte. Aus den Trümmern der zerstörten Überlieferung erblüht allenthalben neues Leben. Verkehrt ist es nur, im stolzen Bewußtsein eines allseits neu begründeten und vertieften Wissens, das die Lösung mancher bisher unlösbar erschienenen Rätsel schon ermöglicht hat und anderer noch erhoffen läßt, die alten Götterbilder zu stürzen, um neue, oft allzu neue an ihre Stelle zu setzen. Die alten Meister der Wissenschaft sind nicht geringer zu achten, weil sich vielfach als Trugbild erwiesen hat, was sie bereits als die Wahrheit erkannt zu haben glaubten. Ihre Leistung muß nur eben an der ihnen verfügbaren Erkenntnis gemessen werden. Nicht der menschliche Geist ist so sehr über sich selbst hinausgewachsen. Bloß ungeahntes Beobachtungsmaterial hat sich ihm in nie erwarteter Fülle erschlossen. Das Verdienst unserer Zeit beschränkt sich im wesentlichen darauf, diese Fülle des Materiales der Be- und Verarbeitung auf alle erdenkliche Weise dienstbar gemacht zu haben. Dadurch ward es leicht, als Fehlschluß aufzuzeigen, was aus dürftigen Bruchstücken erschlossen war. Dadurch werden wir aber auch immer wieder an Bescheidenheit gemahnt, da nur zu leicht morgen uns geschehen kann, was heute den Leuten von gestern widerfährt.

In solchen gedanklichen Zusammenhang gestellt, darf es als selbstverständlich gelten, daß auch die vielbehandelte

[1]) Infolge eines postalischen Mißverständnisses war der Verfasser nicht in der Lage, die Korrekturen selbst durchzusehen.

Frage nach der Bedeutung von praestare in der römischen Rechtssprache kaum zutreffende Antwort finden konnte, solange das entscheidende Quellenmaterial nicht zur vollen Verfügung der Fragesteller stand, daß sie dagegen heute vielleicht in einer Weise zu beantworten ist, die zugleich ihren organischen Zusammenhang mit der Entwicklung der römischen Obligation erkennen läßt.

Die Dreiteilung des Obligationsgegenstandes, von der schon Gaius[1]) spricht und die bei Paulus[2]) wiederkehrt, mußte von jeher dazu verleiten, wie für das *dare* und *facere*, so auch für das *praestare* einen bestimmten besonderen Leistungsinhalt in Anspruch zu nehmen. Schon die Mannigfaltigkeit dieser Versuche, die, auf dasselbe Quellenmaterial gestützt, einander vielfach widersprechen, muß freilich stutzig machen. Gemeinsam ist allen nur die Erkenntnis, daß *praestare* im weiteren oder weitesten Sinne jedwede Leistung bezeichnen kann.[3]) Nur einige wenige[4]) finden die Bedeutung von *praestare* in dieser allgemeinen Verwendung erschöpft. Die meisten suchen daneben nach einer besonderen Bedeutung. Die Vorsichtigen begnügen sich mit der Feststellung, daß diese engere Bedeutung, die Frage, ob das *praestare* neben dem *dare* und *facere* als Inhalt der Obligation noch eine besondere Bedeutung habe und welche, bestritten sei.[5]) Die kaum geringere Zahl

---

[1]) Gaius 4, 2: *In personam actio est qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.*

[2]) D. 44, 7, 3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

[3]) Marezoll, Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß 10, 1837, S. 274 ff. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts 3, 1846, S. 5; Keller, Institutionen 1861, S. 78; Brinz, Pandekten 2² § 238 S. 92 u. a. m.

[4]) Unterholzer, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1, 1840, S. 200, 202; Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß 2, 1865, S. 264 N. 5, 278; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozeß 2, 1882, S. 156.

[5]) Windscheid-Kipp, Pandekten 2⁹ § 252 N. 4; Heumann-Seckel, Handlexikon ⁹, 1907, sub v. *praesto* 1b u. a. m.

derer, die sich mit dem *ignorare* nicht zu bescheiden vermögen, versucht, den widersprechenden Quellenstellen teils ausweichend, teils Gewalt antuend, die seltsamsten Auslegungen.

Ehedem sah man in dem *praestare* die technische Bezeichnung für die *ex dando et faciendo mixta obligatio*.[1]) Marezoll fand dann darin den besonderen Ausdruck für die gegenseitigen Leistungen aus *bonae-fidei*-Obligationen.[2]) Savigny wollte *praestare* von den Deliktsobligationen verstanden wissen.[3]) Puchta brachte es insbesondere mit den Ansprüchen auf *damnum decidere oportere* und *in factum* in Zusammenhang.[4]) Rudorff bezog es auf Satisdation und Repromission.[5]) Schilling erblickte darin das Kennwort für Leistung des Interesses oder für andere Nebenleistungen außer der Hauptsache sowie den Ausdruck des Einstehens oder Haftens für die Folgen einer Handlung oder Begebenheit.[6]) In ähnlicher Weise galt es Huschke, der sich freilich später Savigny anschloß[7]), als Merkmal der eventuellen Verpflichtung für *culpa*, Interesse, Eviktion u. a. m., namentlich bei *bonae-fidei*-Obligationen.[8]) Voigt erschien es vor allem als zusammenfassender Ausdruck für das *non facere* und *pati*.[9]) Brinz[10]), Jhering[11]) und V. Puntschart[12]) endlich brachten die schon Huschkes „mittelbarem, gleichsam eventuellem Gegenstande des Verpflichtetseins" zugrunde liegende Vorstellung der Haf-

---

[1]) Rubo, Über die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Obligationen, 1822, S. 14. *Mixta obligatio:* D. 35, 1, 82. C. 8, 38, 13.

[2]) Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß 10, 1837, S. 286ff. Ähnlich neuerdings Cuq, Les institutions juridiques des Romains 2 ² S. 322 N. 5.

[3]) System 5 S. 600; Obligationenrecht 1 S. 300.

[4]) Kursus der Institutionen 1 ¹⁰ § 165 S. 489; 2 ¹⁰ § 259 S. 305.

[5]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13, 1846, S. 187 N. 9.

[6]) Lehrbuch 3 S. 5.

[7]) Iurisprudentia Anteiustinianea, Gaius 4, 2.

[8]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13 S. 251. Vgl. auch Keller, Institutionen, 1861, S. 77f.

[9]) Die XII Tafeln 2, 1883, S. 462.

[10]) Pandekten 2 ² § 238 S. 92.

[11]) Geist des römischen Rechts 4 ⁴ S. XXIV bis XXVI.

[12]) Die moderne Theorie des Privatrechts, 1893, S. 201, 209.

tung zu voller Entfaltung, indem sie dem *praestare* die Bedeutung des Einstehens beilegten.[1]) Nur einen besonderen Fall solches Einstehens will schließlich der jüngste Beobachter in dem *praestare* erblicken, indem er es gerade nur auf eine spezifische Gewährleistung, auf die obligatorische Einstandspflicht ausdeutet.[2])

Es ist nun nicht schwer, jede dieser Auffassungen in ihrer Selbstherrlichkeit zu erschüttern. Schon allein deshalb, weil sich gegen jede eine Reihe von Quellenbelegen ins Treffen führen läßt, die ihr widersprechen. Die Fälle der sogenannten *mixta obligatio* lösen sich jedesmal in zwei miteinander verbundenen Obligationen auf *dare* und *facere* auf, schaffen keine davon verschiedene Leistungspflicht.[3]) Auch wird gerade dort, wo von dieser Erscheinung ausdrücklich die Rede ist, die Leistung nicht durch *praestare* bezeichnet.[4]) Es ist ferner unbestritten, weil unbestreitbar, daß *praestare* im allgemeinen jede Leistungspflicht, das *dare* und *facere*, ebenso nach *strictum ius* wie *ex bona fide* in sich begreift. Darum ist es willkürlich, dem *praestare* gerade für die *bonae-fidei*-Obligationen eine engere technische Bedeutung an Stelle des *dare facere ex fide bona* zuzuweisen, die auch in der Statistik des Quellenstandes keine Stütze findet.[5])

Das *praestare* der Gaiusstelle[6]) auf die Deliktsklagen zu beziehen, war von vornherein mehr geistreich als überzeugend. Zudem dürfte wohl gerade die *actio legis Aquiliae* auf *dare* gerichtet gewesen sein.[7]) Zumindest ist die phantastische Annahme, daß sie auf *damnum decidere oportere*

---

[1]) Ähnlich jetzt Pacchioni bei Savigny, Le obbligazioni 1, 1912, S. 655 N. 3.

[2]) Valamir v. Meltzl, Abhandlungen zur römischen Rechtsgeschichte, XII Die technische Bedeutung des praestare, Kolozsvár 1913, S. 10, 11.

[3]) Savigny, Obligationenrecht 1 S. 300 N. g.

[4]) Marezoll, Zeitschrift 10 S. 284f.

[5]) Savigny, System 5 S. 600 N. a; Baron, Abhandlungen 2 S. 153; Schilling, Richters krit. Jahrb. 1838, S. 123.

[6]) 4, 2.

[7]) Baron, Abhandlungen 2 S. 154; Lenel, Edikt[2] S. 196.

derer, die sich mit dem *ignorare* nicht zu bescheiden vermögen, versucht, den widersprechenden Quellenstellen teils ausweichend, teils Gewalt antuend, die seltsamsten Auslegungen.

Ehedem sah man in dem *praestare* die technische Bezeichnung für die *ex dando et faciendo mixta obligatio.*[1]) Marezoll fand dann darin den besonderen Ausdruck für die gegenseitigen Leistungen aus *bonae-fidei*-Obligationen.[2]) Savigny wollte *praestare* von den Deliktsobligationen verstanden wissen.[3]) Puchta brachte es insbesondere mit den Ansprüchen auf *damnum decidere oportere* und *in factum* in Zusammenhang.[4]) Rudorff bezog es auf Satisdation und Repromission.[5]) Schilling erblickte darin das Kennwort für Leistung des Interesses oder für andere Nebenleistungen außer der Hauptsache sowie den Ausdruck des Einstehens oder Haftens für die Folgen einer Handlung oder Begebenheit.[6]) In ähnlicher Weise galt es Huschke, der sich freilich später Savigny anschloß[7]), als Merkmal der eventuellen Verpflichtung für *culpa*, Interesse, Eviktion u. a. m., namentlich bei *bonae-fidei*-Obligationen.[8]) Voigt erschien es vor allem als zusammenfassender Ausdruck für das *non facere* und *pati.*[9]) Brinz[10]), Jhering[11]) und V. Puntschart[12]) endlich brachten die schon Huschkes „mittelbarem, gleichsam eventuellem Gegenstande des Verpflichtetseins" zugrunde liegende Vorstellung der Haf-

[1]) Rubo, Über die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Obligationen, 1822, S. 14. *Mixta obligatio:* D. 35, 1, 82. C. 8, 38, 13.

[2]) Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß 10, 1837, S. 286ff. Ähnlich neuerdings Cuq, Les institutions juridiques des Romains 2 [2] S. 322 N. 5.

[3]) System 5 S. 600; Obligationenrecht 1 S. 300.

[4]) Kursus der Institutionen 1 [10] § 165 S. 489; 2 [10] § 259 S. 305.

[5]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13, 1846, S. 187 N. 9.

[6]) Lehrbuch 3 S. 5.

[7]) Iurisprudentia Anteiustinianea, Gaius 4, 2.

[8]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13 S. 251. Vgl. auch Keller, Institutionen, 1861, S. 77f.

[9]) Die XII Tafeln 2, 1883, S. 462.

[10]) Pandekten 2 [2] § 238 S. 92.

[11]) Geist des römischen Rechts 4 [4] S. XXIV bis XXVI.

[12]) Die moderne Theorie des Privatrechts, 1893, S. 201, 209.

tung zu voller Entfaltung, indem sie dem *praestare* die Bedeutung des Einstehens beilegten.[1]) Nur einen besonderen Fall solches Einstehens will schließlich der jüngste Beobachter in dem *praestare* erblicken, indem er es gerade nur auf eine spezifische Gewährleistung, auf die obligatorische Einstandspflicht ausdeutet.[2])

Es ist nun nicht schwer, jede dieser Auffassungen in ihrer Selbstherrlichkeit zu erschüttern. Schon allein deshalb, weil sich gegen jede eine Reihe von Quellenbelegen ins Treffen führen läßt, die ihr widersprechen. Die Fälle der sogenannten *mixta obligatio* lösen sich jedesmal in zwei miteinander verbundenen Obligationen auf *dare* und *facere* auf, schaffen keine davon verschiedene Leistungspflicht.[3]) Auch wird gerade dort, wo von dieser Erscheinung ausdrücklich die Rede ist, die Leistung nicht durch *praestare* bezeichnet.[4]) Es ist ferner unbestritten, weil unbestreitbar, daß *praestare* im allgemeinen jede Leistungspflicht, das *dare* und *facere*, ebenso nach *strictum ius* wie *ex bona fide* in sich begreift. Darum ist es willkürlich, dem *praestare* gerade für die *bonae-fidei*-Obligationen eine engere technische Bedeutung an Stelle des *dare facere ex fide bona* zuzuweisen, die auch in der Statistik des Quellenstandes keine Stütze findet.[5])

Das *praestare* der Gaiusstelle[6]) auf die Deliktsklagen zu beziehen, war von vornherein mehr geistreich als überzeugend. Zudem dürfte wohl gerade die *actio legis Aquiliae* auf *dare* gerichtet gewesen sein.[7]) Zumindest ist die phantastische Annahme, daß sie auf *damnum decidere oportere*

---

[1]) Ähnlich jetzt Pacchioni bei Savigny, Le obbligazioni 1, 1912, S. 655 N. 3.

[2]) Valamir v. Meltzl, Abhandlungen zur römischen Rechtsgeschichte, XII Die technische Bedeutung des praestare, Kolozsvár 1913, S. 10, 11.

[3]) Savigny, Obligationenrecht 1 S. 300 N. g.

[4]) Marezoll, Zeitschrift 10 S. 284f.

[5]) Savigny, System 5 S. 600 N. a; Baron, Abhandlungen 2 S. 153; Schilling, Richters krit. Jahrb. 1838, S. 123.

[6]) 4, 2.

[7]) Baron, Abhandlungen 2 S. 154; Lenel, Edikt[2] S. 196.

gelautet habe[1]), längst aufgegeben.[2]) Kaum ernstlicher Widerlegung bedarf die Beschränkung des *praestare* auf Satisdationen und Repromissionen schon deshalb, weil sie nur gelegentlich als unbelegter Einfall erscheint und in der Tat dem erdrückenden Materiale, das *praestare* in den verschiedensten anderen Verwendungen zeigt, nicht standzuhalten vermag. Ganz ebenso ist *praestare* auch nur gelegentlich zur Bezeichnung des Interesses oder anderer Nebenleistungen gebraucht, ohne daß diese Verwendung auch nur einmal durch irgendeinen besonderen Umstand als technisch charakterisiert wäre. Vollends in der Luft hängt, wie so manche andere Behauptung des gedankenreichen, aber allzu souveränen Voigt dessen Identifizierung des *praestare* mit *non facere* oder *pati*. Einigermaßen begründet erscheint nur die Ausdeutung des *praestare* auf eventuelle Verpflichtungen für *culpa* u. ä., auf Einstehen und Haften. Doch bedarf auch sie einer „historischen" Korrektur, die erst noch erfolgen soll.

Sucht man den richtigen Weg aus diesem Labyrinthe widersprechender und unbefriedigender Irrmeinungen, so kann wie allenthalben so auch hier nur die Idee der historischen Entwicklung, des Bedeutungswandels unseres Wortes unter dem Einflusse geschichtlicher Veränderungen den roten Faden bilden. In diesem Sinn ist vermutlich schon Keller der Wahrheit sehr nahe gekommen, als er meinte, die Bedeutung des *praestare* sei wohl auch bei den Römern zur Zeit der klassischen Juristen ein Überrest aus der älteren Zeit gewesen.[3])

Auch heute ist die lexikographische Verarbeitung unseres lateinischen Quellenschatzes noch nicht so weit gediehen, um ein vollkommenes Bild der Geschichte und Bedeutung unseres *praestare* geben zu können. Immerhin ist die Möglichkeit, in die Funktionen des *praestare* der

[1]) Savigny, System 5 S. 591; Puchta, Kursus I [10] § 165; Huschke, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13 S. 299 N. 1.

[2]) Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 13 S. 187 N. 9; 14 S. 379 ff.; Baron S. 154 N. 29; Lenel, Edikt [2] S. 194 N. 7.

[3]) Institutionen S. 78.

römischen Rechtssprache Einsicht zu gewinnen, dermalen dem Beobachtungsmaterial älterer Bearbeiter in einer Weise überlegen, die es doch wohl gestattet, zu gefestigteren Anschauungen zu gelangen.

Der Bedeutungswandel von *praestare* ist in Anbetracht der vielseitigen Verwendung, die das Wort nicht erst in der Rechtssprache, sondern schon in der Laiensprache fand[1]), auch dem ungeschultesten Auge erkennbar. Den einschneidendsten Wandel stellte der Übergang von der intransitiven Bedeutung des *antistare (melius esse, antecedere, superare)*[2]), die allein noch Plautus zu kennen scheint[3]), zu der transitiven[4]) dar, die im Deutschen mit zuteil werden lassen, gewähren, erzeugen u. ä. wiederzugeben ist und erst beträchtlich später in die Literatur eintritt.

In voller Verwendung findet sich diese transitive Bedeutung bereits bei Cicero. Besonders geläufig ist ihm die Wendung *fidem praestare.*[5]) Ebenso kennt er Wendungen wie *annonam*[6]), *curam*[7]), *virtutem et diligentiam praestare*[8]) u. a. m. Wenn er überdies davon spricht, daß *ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata*[9]), oder daß es notwendig sei *emptori damnum praestari*[10]), oder wenn er von den *iudicia bonae fidei* sagt, *in his magni esse iudicis statuere — quid quemque cuique praestare oporteret*[11]) oder *quid . . . alterum alteri praestare oporteret*[12]), so scheint damit diese allgemeine transitive Bedeutung des Gewährens oder Leistens auch schon für

---

[1]) Vgl. Forcellini, Totius Latinitatis lexicon 4, s. v. *praestare*, wo vier verschiedene Hauptbedeutungen in 21 Spielarten aufgeführt werden.

[2]) Diomedes p. 366, 10 K.

[3]) Trucul. 2, 4, 21; Casina 2, 3, 4; Trinum. 2, 2, 64.

[4]) *prae-stare*, *stare* in der Bedeutung von *sistere* genommen. Vgl. Bücheler, Rhein. Mus. 52 S. 396.

[5]) Pro Caecina 5; pro C. Rabirio Post. 47; Phil. 7, 20; 12, 10 und 30; 14, 30; de orat. 3, 134 u. a. m.

[6]) De domo sua 14.

[7]) Phil. 7, 20.

[8]) Ep. ad fam. 14, 3, 2.

[9]) De off. 3, 65.

[10]) De off. 3, 66.

[11]) De off. 3, 70.

[12]) Top. 17; vgl. auch pro Roscio com. 35: *Roscium . . confiteor praestare debere societati . . .*

die Rechtssprache seiner Zeit erwiesen. Allein nicht bloß vollzieht, wer ohne weiteres mit der Bedeutung des Gewährens auch schon die des rechtlich gebotenen Leistens gegeben erachtet, einen Gedankensprung, der zwar in der heutigen Vorstellung der Obligation begründet sein mag, der aber die seinerzeitige Kluft zwischen dem rechtlichen Gewähren und der Leistungspflicht kaum zu überwinden vermag.[1]) Vielmehr ist, wollte man sich selbst darüber hinwegsetzen, mit dieser Annahme nicht einmal Ciceros Sprachgebrauch selbst erschöpfend charakterisiert. Denn auch die Bedeutung des Gewährens oder Leistens versagt gegenüber Wendungen wie *is periculum iudicii praestare debet, qui se nexu obligarit*[2]), *qui . . . scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium*[3]); *quicquid esset in praedio vitii, id . . . praestari oportere*[4]); *quod vitii venditor non dixisset, sciens, id oportere praestari*[5]); *sin autem dictum non omne praestandum est*[6]); *non modo facta sed etiam dicta omnia praestanda nobis sunt*[7]) u. a. m.

Solchen Wendungen wird in der Tat nur gerecht, wer ihnen die Bedeutung des Vertretens, Einstehens, Haftens unterlegt und das *praestare aliquid* hier als unmittelbare Verbindung des Verbums mit dem Objekt, auf das sich die Garantie bezieht, versteht.[8]) Nur führt zu dieser Auffassung weder die intransitive noch die transitive Bedeutung von *praestare* als Zusammensetzung aus *prae* und *stare*. Sie gibt vielmehr zunächst ein neues etymologisches Rätsel auf, als dessen beste Lösung noch immer die Ableitung von *praes stare* gelten muß[9]), zumal hier der Umstand, daß Wort und Begriff einander stützen und erklären, auf dem schlüpfrigen Boden der etymologischen Forschung

---

[1]) Vgl. Bücheler, Rhein. Mus. 52 S. 397.
[2]) Pro L. Murena 3.
[3]) De off. 3, 71.
[4]) De off. 3, 65.
[5]) De off. 3, 67.
[6]) De off. 3, 55.
[7]) Ep. ad Q. fratr. 1, 1, 12.
[8]) Bücheler 397.
[9]) Bücheler 397f.; Walde, Lateinisches etymologisches Wörterbuch [2], 1910, s. v. *praes*. Vgl. auch Geppert, Plautinische Studien 2, 1871, S. 1; Costa, Il diritto privato Romano nelle comedie di Plauto, 1890, p. 436 n. 262.

festen Halt gewährt. Nicht als ob mit Varro[1]) *praes* von *praestare* herzuleiten wäre[2]), wohl aber *praestare* von *praes*, wie das noch die *lex municipii Iarentini* zu zeigen scheint.[3]) Der sprachliche Übergang von *praes stare* zu *praestare* dürfte der ciceronianischen Epoche angehören, vielleicht Cicero selbst zu danken sein.[4])

Trifft aber dieser Zusammenhang zwischen *praes* und *praestare* zu, so wird auch die Vermutung kaum fehlgehen, daß *praestare* erst auf diesem Umwege, nicht schon als Transitivform des „anderen" *praestare* zu der Bedeutung des Leistens gelangt sei[5]), und daß demnach in der Entwicklungsgeschichte des *praestare* ein gutes Stück Geschichte der römischen Obligation überhaupt enthalten sei: die ursprüngliche Haftungsbegründung durch Bürgenstellung, die allmählich durch Selbstbürgschaft des Schuldners ersetzt und schließlich schon durch das Leistungsversprechen des Schuldners begründet wird. *Praestare* erst Bürgen stellen, dann sich als Bürgen stellen, haften, schließlich für die Leistung haften, leisten wollen und sollen, leisten.

Diese eigentümliche Geschichte und Bedeutung des *praestare* erklären vielleicht auch am besten seine dürftige Verwendung in der römischen Prozeßsprache. Jeder Grundlage entbehrt die Behauptung[6]), daß *praestare* überhaupt nicht Formelwort gewesen sei. Das ist ebenso unrichtig, wie daß in den alten Deliktsklagen *dare facere* nicht vorgekommen sei.[7]) Die Willkür dieser Annahme konnte nicht besser erwiesen werden als durch den verzweifelten, schließlich von ihm selbst wieder aufgegebenen[8]) Versuch Husch-

---

[1]) De lingua latina 5, 40. Festus, de V. S., s. v. *manceps*.

[2]) Dagegen schon Göppert, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte 4 S. 263.

[3]) lin. 9: *quei pro se praes stat.* [4]) Bücheler 398.

[5]) Bücheler 397.

[6]) Savigny, System 5 S. 599, 600, 601; Puchta-Krüger, Kursus der Institutionen 1 [10] § 165 N. y; Huschke, Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft 13 S. 249.

[7]) Savigny, Obligationenrecht 1, 1851, S. 300.

[8]) Jurispr. Anteiust., Gaius 4, 2.

kes[1]), das *praestare* dort als Fälschung zu erweisen, wo es Gaius ausdrücklich als Formelwort charakterisiert. Auch die Beschränkung des *praestare* auf prätorische Klagen[2]) ist weder in der Sache noch nach dem Quellenstande begründet. Sie entbehrt jedes Beleges und vernünftigen Grundes. *Praestare* ist, mag es zwar für die *actio mandati* zu bezweifeln sein[3]), gerade für die zivilen Teilungsklagen sicher.[4]) Nicht einmal das ist zweifellos, daß die drei Worte *dare facere praestare* niemals in einer einzigen Klagformel nebeneinander gestanden hätten.[5]) Lautete doch die Formel der *actio pro socio*, wenn sie nur überhaupt das *praestare* enthielt, auf *dare facere praestare*.[6])

Praestare war Formelwort.[7]) Das sagt uns Gaius ausdrücklich, dessen mehrerwähnter Ausspruch[8]), wenn ihm nicht Gewalt angetan wird, gar nicht anders verstanden werden kann. Das lehrt uns auch des Paulus bekannte Definition der Obligation[9]), die, mag sie nun in ihrer überlieferten Gestalt echt[10]) oder ein Machwerk Justinians[11]) sein, doch wohl von Haus aus den Gegensatz der *actio in personam* zur *actio in rem* im Auge gehabt, die verschiedene Gestalt der Intentio der *actio in personam* ausgedrückt, auf die Formel der *actio in personam* angespielt hat, die den Gegenstand der Verpflichtung bald mit *dare*, bald mit *dare facere*, bald mit *(dare facere) praestare* bezeichnete.[12])

---

1) Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft 13 S. 249ff.

2) Baron, Abhandlungen 2 S. 156ff. Vgl. auch Savigny, Obligationenrecht 1 S. 300.

3) Trotz Gaius 3, 155 u. a. m. mit Rücksicht auf D. 17, 1, 45, 5: Segrè, Sulle formule etc., 1905, p. 10 n. 2; Lenel, Edikt ² S. 286 N. 8; anders noch Edikt ¹ S. 213, 236 N. 1.

4) Lenel, Edikt ² S. 261.

5) So: Savigny, Obligationenrecht 1 S. 300.

6) Lenel, Edikt ² S. 287 N. 12.

7) Baron S. 156; Perozzi, Istituzioni di diritto Romano 2, 1908, p. 84.

8) 4, 2. 9) D. 44, 7, 3 pr.

10) Mitteis, Römisches Privatrecht 1, 1908, S. 86 N. 36; Pacchioni-Savigny, Le obbligazioni 1, 1912, p. 656ff.

11) Perozzi, Le obbligazioni Romane, 1903, p. 8squ. N. 1.

12) In diesem Sinne schon Savigny, Obligationenrecht 1 S. 300. Jetzt namentlich Perozzi, Obbligazioni p. 13 N. 1; Istituzioni 2 p. 84.

Praestare war Intentionswort. Des Gaius Worte[1]) und die Stellung des *praestare* neben *dare facere* widerlegen zugleich die lediglich aus der Urbedeutung des Haftens oder Einstehens geschöpfte Vermutung, daß das *praestare* erst in der *condemnatio* des Geschworenen Platz gegriffen habe, wenn die geschuldete Leistung ausbleiben sollte.[2])

Allerdings ist aber die Zahl der erweislichen Formeln, in denen von *praestare* die Rede war, verschwindend klein. Lenel[3]) führt nur zwei Teilungsklagen, die *actio familiae herciscundae* und *communi dividundo* und außerdem mit Zögern[4]) die *actio pro socio* an.[5]) Negativ bestätigt diese Erscheinung zumindest so viel, daß *praestare* als Formelwort weder für die Deliktsklagen noch für die *actiones bonae fidei* charakteristisch war. Ebenso unhaltbar erscheint demgegenüber die jüngste, überdies schon an sich etwas dunkle Vermutung, daß *praestare* erst später als Formelwort aufgetaucht sei, chronologisch und rechtsentwicklungsgeschichtlich betrachtet als das „letzte bez. drittälteste der Präzisierung und Kombinierung geschuldeter Leistungsgegenstände" gedient habe und „sowohl dem Kontrakts- als auch dem Deliktsrecht entspringend schon seiner Funktion nach stets auf ein incertum gerichtet" gewesen sei, aber „auch dem ius strictum angehören" habe können.[6]) Denn gerade die Teilungsklagen, die einzig sicheren Belege für die Verwendung von *praestare* als Formelwort, gehören, mag auch die *actio communi dividundo* verhältnismäßig jüngeren Datums, erst im Anschluß an die *actio pro socio* entstanden sein, zum ältesten Klagenbestande.[7])

Weniger läßt sich in positiver Richtung sagen, schon darum, weil die wenigen Anwendungsfälle kaum sichere Schlüsse zulassen. Immerhin sind vielleicht gerade die

---

[1]) 4, 2: *Cum intendimus* . . .

[2]) V. Puntschart, Die moderne Theorie S. 210.

[3]) Edikt [2] S. 202 N. 6, 205 N. 3. [4]) S. 287 N. 12.

[5]) Zur actio mandati s. oben S. 000 N. 0. Gegen *praestare* als Formelwort der adjektizischen Klagen (bei Baron, Abhandlungen 2 S. 136ff.) Lenel, Edikt [2] S. 260f.

[6]) V. v. Meltzl a. a. O. S. 12 N. 12a; S. 16ff.

[7]) Vgl. jetzt namentlich Berger, Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen, 1912, S. 5f., 6f., 8.

eigentümliche Natur und das hohe Alter der Teilungsklagen geeignet, die zuvor auf etymologischem Wege gewonnene Urbedeutung des *praestare* zu bestätigen. Die Teilungsklagen sind Rechtsgestaltungsklagen. Neben der *adiudicatio* gleichen sie durch Geldkondemnationen, die ebenso alt sein müssen wie die Teilung selbst, weil von jeher undurchführbare Teilungen vorgekommen sein müssen[1]), die Ungleichheit der Eigentumszuweisungen aus.[2]) Diese Geldansprüche mußten wohl in älterer Zeit, wenn sie nicht sofort bar befriedigt wurden, durch Bürgen sichergestellt werden. Das und nichts anderes war vermutlich der ursprüngliche Sinn der *condemnatio: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet.*[3]) Damit wäre zugleich eine Rechtfertigung dafür gefunden, daß gerade nur die Teilungsklagen auf ein *praestare* gerichtet waren, das damit in der Dreiheit *dare facere praestare* etwa dieselbe Stelle eingenommen hätte wie die ebenfalls nur den Teilungsklagen eigentümliche und trotzdem den ordentlichen Formelbestandteilen, den *partes formulae* schlechtweg zugezählte[4]) *adiudicatio.*

Immerhin wäre man, wenn man mit dieser dürftigen Verwendung von *praestare* als Formelart seinen häufigen Gebrauch zur Bezeichnung der Leistung aus Obligationen aller Art vergleicht, versucht, an einen Umschwung in der Formelfassung zu denken, der das *praestare* allmählich in diese bescheidene Stellung zurückdrängte. Man könnte sich dafür vielleicht sogar auf die Veränderlichkeit der Schriftformel berufen, die Gaius[5]) gegenüber der Unveränderlichkeit der Spruchformel betont. Allein damit ist doch wohl etwas anderes gemeint[6]) und solche grundsätzliche Veränderung der Formel oder gar ganzer Formelgruppen wäre ohne Beispiel. Andererseits zeigt gerade die

---

[1]) Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 2 S. 458 zu N. 2; Berger, Teilungsklagen S. 94.

[2]) Überdies löste die *condemnatio* aus Anlaß der Teilung alle durch die Gemeinschaft hervorgerufenen rechtlichen Konflikte: Berger S. 101 ff.

[3]) Lenel, Edikt[2] S. 202 N. 6; 205 N. 3.

[4]) Gaius 4, 39. [5]) 4, 11.

[6]) Vgl. Wlassak, Römische Prozeßgesetze 2, 1891, S. 354.

vielfache Verwendung des *praestare* zur Bezeichnung der Verpflichtung aus dem Mandat[1]), in dessen Formel es anscheinend keinen Platz gefunden hat[2]), daß *praestare* tatsächlich in der Rechtssprache gebraucht wurde, wo sich die Prozeßsprache anderer Wendungen bediente.

Wenn daher *praestare* im Gegensatze zu seiner beschränkten Verwendung als Formelwort in der Rechtssprache zur Bezeichnung der verschiedensten Leistungen aus den verschiedensten Obligationsverhältnissen gebraucht wurde, so muß der Grund dafür ein anderer sein. Vielleicht läßt sich das aus zwei Umständen erklären. Einerseits daraus, daß ehedem jede Leistungspflicht durch Haftungsübernahme, insbesondere durch *praestare* begründet werden mußte oder doch konnte, so daß Haften- und Leistenmüssen damals für den gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauch dasselbe bedeutete. Andererseits damit, daß in der späteren Zeit, nach der grundsätzlichen Verschmelzung von Schuld und Haftung, *praestare* seine ursprüngliche technische Bedeutung ebenso einbüßte wie das deutsche haften, sich verpflichten, so daß *praestare* nun erst recht jedes Leisten bezeichnen konnte. Dagegen fehlte es an jedem Grunde für eine Unterscheidung des Gebrauches nach Obligationsarten, zwischen solchen *stricti iuris* und *bonae fidei, ex contractu* und *ex delicto* u. a. m. Wenn dem *praestare* auch noch später neben seiner allgemeinen eine besondere Bedeutung zugekommen sein sollte, so kann es nur die in seiner Wort- und Wesensgeschichte begründete des Haftens oder Einstehens gewesen sein. Das ist es, was Etymologie und Prozeßfunktion des *praestare* vermuten lassen. Das ist es zugleich, was, wie erst noch zu zeigen ist, in der Tat auch das juristische Quellenmaterial bestätigt.

Wirft man zunächst einen Blick auf das allerdings recht bescheidene Urkundenmaterial, so verdient es Beachtung, daß bereits eine der ältesten Urkunden, die *lex Rubria de Gallia Cisalpina* zweimal[3]), mit Bezug auf das

---

[1]) Gaius 3, 155 und zahlreiche Stellen des Digestentitels 17, 1.
[2]) Lenel, Edikt² S. 286 N. 8. [3]) Cap. 22 lin. 32 und 39.



eigentümliche Natur und das hohe Alter der Teilungsklagen geeignet, die zuvor auf etymologischem Wege gewonnene Urbedeutung des *praestare* zu bestätigen. Die Teilungsklagen sind Rechtsgestaltungsklagen. Neben der *adiudicatio* gleichen sie durch Geldkondemnationen, die ebenso alt sein müssen wie die Teilung selbst, weil von jeher undurchführbare Teilungen vorgekommen sein müssen[1]), die Ungleichheit der Eigentumszuweisungen aus.[2]) Diese Geldansprüche mußten wohl in älterer Zeit, wenn sie nicht sofort bar befriedigt wurden, durch Bürgen sichergestellt werden. Das und nichts anderes war vermutlich der ursprüngliche Sinn der *condemnatio: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet.*[3]) Damit wäre zugleich eine Rechtfertigung dafür gefunden, daß gerade nur die Teilungsklagen auf ein *praestare* gerichtet waren, das damit in der Dreiheit *dare facere praestare* etwa dieselbe Stelle eingenommen hätte wie die ebenfalls nur den Teilungsklagen eigentümliche und trotzdem den ordentlichen Formelbestandteilen, den *partes formulae* schlechtweg zugezählte[4]) *adiudicatio.*

Immerhin wäre man, wenn man mit dieser dürftigen Verwendung von *praestare* als Formelart seinen häufigen Gebrauch zur Bezeichnung der Leistung aus Obligationen aller Art vergleicht, versucht, an einen Umschwung in der Formelfassung zu denken, der das *praestare* allmählich in diese bescheidene Stellung zurückdrängte. Man könnte sich dafür vielleicht sogar auf die Veränderlichkeit der Schriftformel berufen, die Gaius[5]) gegenüber der Unveränderlichkeit der Spruchformel betont. Allein damit ist doch wohl etwas anderes gemeint[6]) und solche grundsätzliche Veränderung der Formel oder gar ganzer Formelgruppen wäre ohne Beispiel. Andererseits zeigt gerade die

[1]) Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 2 S. 458 zu N. 2; Berger, Teilungsklagen S. 94.

[2]) Überdies löste die *condemnatio* aus Anlaß der Teilung alle durch die Gemeinschaft hervorgerufenen rechtlichen Konflikte: Berger S. 101 ff.

[3]) Lenel, Edikt[2] S. 202 N. 6; 205 N. 3.

[4]) Gaius 4, 39. [5]) 4, 11.

[6]) Vgl. Wlassak, Römische Prozeßgesetze 2, 1891, S. 354.

vielfache Verwendung des *praestare* zur Bezeichnung der Verpflichtung aus dem Mandat[1]), in dessen Formel es anscheinend keinen Platz gefunden hat[2]), daß *praestare* tatsächlich in der Rechtssprache gebraucht wurde, wo sich die Prozeßsprache anderer Wendungen bediente.

Wenn daher *praestare* im Gegensatze zu seiner beschränkten Verwendung als Formelwort in der Rechtssprache zur Bezeichnung der verschiedensten Leistungen aus den verschiedensten Obligationsverhältnissen gebraucht wurde, so muß der Grund dafür ein anderer sein. Vielleicht läßt sich das aus zwei Umständen erklären. Einerseits daraus, daß ehedem jede Leistungspflicht durch Haftungsübernahme, insbesondere durch *praestare* begründet werden mußte oder doch konnte, so daß Haften- und Leistenmüssen damals für den gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauch dasselbe bedeutete. Andererseits damit, daß in der späteren Zeit, nach der grundsätzlichen Verschmelzung von Schuld und Haftung, *praestare* seine ursprüngliche technische Bedeutung ebenso einbüßte wie das deutsche haften, sich verpflichten, so daß *praestare* nun erst recht jedes Leisten bezeichnen konnte. Dagegen fehlte es an jedem Grunde für eine Unterscheidung des Gebrauches nach Obligationsarten, zwischen solchen *stricti iuris* und *bonae fidei*, *ex contractu* und *ex delicto* u. a. m. Wenn dem *praestare* auch noch später neben seiner allgemeinen eine besondere Bedeutung zugekommen sein sollte, so kann es nur die in seiner Wort- und Wesensgeschichte begründete des Haftens oder Einstehens gewesen sein. Das ist es, was Etymologie und Prozeßfunktion des *praestare* vermuten lassen. Das ist es zugleich, was, wie erst noch zu zeigen ist, in der Tat auch das juristische Quellenmaterial bestätigt.

Wirft man zunächst einen Blick auf das allerdings recht bescheidene Urkundenmaterial, so verdient es Beachtung, daß bereits eine der ältesten Urkunden, die *lex Rubria de Gallia Cisalpina* zweimal[3]), mit Bezug auf das

---

[1]) Gaius 3, 155 und zahlreiche Stellen des Digestentitels 17, 1.
[2]) Lenel, Edikt[2] S. 286 N. 8. [3]) Cap. 22 lin. 32 und 39.

eigentümliche Natur und das hohe Alter der Teilungsklagen geeignet, die zuvor auf etymologischem Wege gewonnene Urbedeutung des *praestare* zu bestätigen. Die Teilungsklagen sind Rechtsgestaltungsklagen. Neben der *adiudicatio* gleichen sie durch Geldkondemnationen, die ebenso alt sein müssen wie die Teilung selbst, weil von jeher undurchführbare Teilungen vorgekommen sein müssen[1]), die Ungleichheit der Eigentumszuweisungen aus.[2]) Diese Geldansprüche mußten wohl in älterer Zeit, wenn sie nicht sofort bar befriedigt wurden, durch Bürgen sichergestellt werden. Das und nichts anderes war vermutlich der ursprüngliche Sinn der *condemnatio: quidquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet.*[3]) Damit wäre zugleich eine Rechtfertigung dafür gefunden, daß gerade nur die Teilungsklagen auf ein *praestare* gerichtet waren, das damit in der Dreiheit *dare facere praestare* etwa dieselbe Stelle eingenommen hätte wie die ebenfalls nur den Teilungsklagen eigentümliche und trotzdem den ordentlichen Formelbestandteilen, den *partes formulae* schlechtweg zugezählte[4]) *adiudicatio.*

Immerhin wäre man, wenn man mit dieser dürftigen Verwendung von *praestare* als Formelart seinen häufigen Gebrauch zur Bezeichnung der Leistung aus Obligationen aller Art vergleicht, versucht, an einen Umschwung in der Formelfassung zu denken, der das *praestare* allmählich in diese bescheidene Stellung zurückdrängte. Man könnte sich dafür vielleicht sogar auf die Veränderlichkeit der Schriftformel berufen, die Gaius[5]) gegenüber der Unveränderlichkeit der Spruchformel betont. Allein damit ist doch wohl etwas anderes gemeint[6]) und solche grundsätzliche Veränderung der Formel oder gar ganzer Formelgruppen wäre ohne Beispiel. Andererseits zeigt gerade die

---

[1]) Karlowa, Römische Rechtsgeschichte 2 S. 458 zu N. 2; Berger, Teilungsklagen S. 94.

[2]) Überdies löste die *condemnatio* aus Anlaß der Teilung alle durch die Gemeinschaft hervorgerufenen rechtlichen Konflikte: Berger S. 101 ff.

[3]) Lenel, Edikt[2] S. 202 N. 6; 205 N. 3.

[4]) Gaius 4, 39. [5]) 4, 11.

[6]) Vgl. Wlassak, Römische Prozeßgesetze 2, 1891, S. 354.

vielfache Verwendung des *praestare* zur Bezeichnung der Verpflichtung aus dem Mandat[1]), in dessen Formel es anscheinend keinen Platz gefunden hat[2]), daß *praestare* tatsächlich in der Rechtssprache gebraucht wurde, wo sich die Prozeßsprache anderer Wendungen bediente.

Wenn daher *praestare* im Gegensatze zu seiner beschränkten Verwendung als Formelwort in der Rechtssprache zur Bezeichnung der verschiedensten Leistungen aus den verschiedensten Obligationsverhältnissen gebraucht wurde, so muß der Grund dafür ein anderer sein. Vielleicht läßt sich das aus zwei Umständen erklären. Einerseits daraus, daß ehedem jede Leistungspflicht durch Haftungsübernahme, insbesondere durch *praestare* begründet werden mußte oder doch konnte, so daß Haften- und Leistenmüssen damals für den gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauch dasselbe bedeutete. Andererseits damit, daß in der späteren Zeit, nach der grundsätzlichen Verschmelzung von Schuld und Haftung, *praestare* seine ursprüngliche technische Bedeutung ebenso einbüßte wie das deutsche haften, sich verpflichten, so daß *praestare* nun erst recht jedes Leisten bezeichnen konnte. Dagegen fehlte es an jedem Grunde für eine Unterscheidung des Gebrauches nach Obligationsarten, zwischen solchen *stricti iuris* und *bonae fidei*, *ex contractu* und *ex delicto* u. a. m. Wenn dem *praestare* auch noch später neben seiner allgemeinen eine besondere Bedeutung zugekommen sein sollte, so kann es nur die in seiner Wort- und Wesensgeschichte begründete des Haftens oder Einstehens gewesen sein. Das ist es, was Etymologie und Prozeßfunktion des *praestare* vermuten lassen. Das ist es zugleich, was, wie erst noch zu zeigen ist, in der Tat auch das juristische Quellenmaterial bestätigt.

Wirft man zunächst einen Blick auf das allerdings recht bescheidene Urkundenmaterial, so verdient es Beachtung, daß bereits eine der ältesten Urkunden, die *lex Rubria de Gallia Cisalpina* zweimal[3]), mit Bezug auf das

---

[1]) Gaius 3, 155 und zahlreiche Stellen des Digestentitels 17, 1.
[2]) Lenel, Edikt[2] S. 286 N. 8. [3]) Cap. 22 lin. 32 und 39.

Prozeßverfahren die Wendung gebraucht: *dare facere praestare restituereve (darei, fierei praestarei restitui satisve de ea re fierei)*. Der ganze Zusammenhang, in dem von persönlichen und dinglichen Ansprüchen die Rede ist, und die Häufung der Ausdrücke erweisen jedoch nur die Verwendung von *praestare* in der Prozeßformel überhaupt, kein bestimmtes Anwendungsgebiet des *praestare*.[1])

Die zwar nicht im Original, aber literarisch wenigstens bruchstückweise überlieferte *lex Iulia (de mar. ord.)* ferner bedient sich allerdings der Wendung *dare facere praestare* im Hinblick auf eine bestimmte Klage, auf die *actio operarum*[2]), doch anscheinend, wie das auch sonst zu beobachten ist, nur um die Leistungsmöglichkeiten erschöpfend zu bezeichnen, nicht um die prozessuale Gestalt der Klage zu charakterisieren[3]), so daß auch hieraus eine bestimmte technische Bedeutung des *praestare* nicht erschlossen werden kann.

In demselben Sinne findet sich die Wendung *dare facere praestare* in einem Gesellschaftsvertrage der siebenbürgischen Wachstafeln[4]) sowie in Schenkungsverträgen aus dem 2. und 3. Jahrhundert[5]) zur Bezeichnung des stipulierten (!) Vertragsinhaltes und zu demselben Zweck in einer Stiftungsurkunde aus der Zeit Domitians.[6])

Dagegen zeigen einzelne Urkunden *praestare* in einer bestimmten technischen Verwendung, zur Bezeichnung der Gewährleistungspflicht. So zwei Kaufverträge aus den Jahren 139 und 142 der christlichen Zeitrechnung[7]) und ein

[1]) Nicht unerwähnt darf bleiben, daß an beiden Stellen nur die Siglen *d. f. p.* stehen, die an sich ebensogut mit *praes stare* wie mit *praestare* aufgelöst werden können.

[2]) D. 38, 1, 37 pr.

[3]) Lenel, Edikt [2] S. 328 nimmt etwa folgende Formel an: *Si paret* N^m N^m A^o A^o *operas decem dare oportere, quanti ea res est, t. p. r. l.*

[4]) Bruns, Fontes [7] Nr. 171 aus dem Jahre 167, lin. 18.

[5]) Donatio Fl. Artemidori, Bruns Nr. 136 lin. 28; Donatio Statiae Irenes, Bruns Nr. 137 lin. 22.

[6]) Collegium Silvani, Bruns Nr. 180 lin. 33.

[7]) Emptio pueri, Bruns Nr. 130 lin. 7; Emptio puellae, Bruns Nr. 131 lin. 8.

Mietvertrag aus der Zeit Nervas[1]), vielleicht auch die *sermo et epistulae procuratorum de terris vacuis excolendis.*[2])

In einer Reihe von Urkunden[3]) endlich ist *praestare* offensichtlich in untechnischem Sinn, in der allgemeinen Bedeutung von gewähren oder leisten gebraucht.

Die Urkunden zeigen daher *praestare* als Bezeichnung für gewähren oder leisten überhaupt, als Formelwort in Verbindung mit *dare facere* als erschöpfenden Ausdruck des Klags- oder Leistungsinhaltes, in technischer Verwendung als Merkwort der Gewährleistungspflicht.

Wendet man seine Aufmerksamkeit sodann der literarischen Überlieferung zu, so findet man im wesentlichen wiederum nur bestätigt, was das Urkundenmaterial lehrt. Überdies fällt hier namentlich die grundsätzliche Überein-

---

[1]) Lex horreorum, Bruns Nr. 166 lin. 9.

[2]) Bruns Nr. 116, I, 3, *[per pr]ovidentiam vestram, quam [nomine Ca]esaris praestatis* . . . . . Aus der Zeit Hadrians.

[3]) S. C. Claudianum, Bruns Nr. 52, II, 36: *pacem praestiterunt.* S. C. Macedonianum, Bruns Nr. 57 lin. 3: *materiam peccandi* . . . . *praestaret.* S. C. Rubrianum, Bruns Nr. 58 lin. 1: *libertatem praestari oportet.* Edicta praetorum, Bruns Nr. 65, XXV A 2: *de legatis praestandis.* XXIX. . . *tantum praestet, quantum praestare eum oporteret* . . . XXXIX 2. . . . *quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur.* Edicta aedilium curulium, Bruns Nr. 66, 1 . . *quod eius praestari oportere dicetur* . . . . *si quas accessiones ipse praestiterit* . . . Decretum Commodi de salto Burunitano, Bruns Nr. 86, III 25: *non amplius praestare nos, quam* . . . *debemus.* Edictum Constantini de accusationibus, Bruns Nr. 94 lin. 34: *exemplum ceteris praestet.* Epistula Valentiniani ad Eutropium, Bruns Nr. 97a lin. 5, 12, 15; ad Festum, Bruns Nr. 97b lin. 8. Leges arae Augusti Narbonensis, Bruns Nr. 106, I 20, 21, 23, 28, 34: *thus et vinum praestent.* Lex metalli Vipascensis, Bruns Nr. 112 lin. 5: *centesimam praestare*; lin. 14: *praeconem praestare*; lin. 20: *balineum praestare*; lin. 22: *aquam praestare*; lin. 36: *omne genus calciamentorum praestare.* Lex Manciana, Bruns Nr. 114, I 12, 18, 20, 25: *partes praestare*; II 19, 24; III 20; IV 2, 27. Testamentum Dasumii, Bruns Nr. 117 lin. 110. *[quamvis] plurimum tibi praestitiss[em]* . . . Testamentum Galli cuiusdam civis Romani, Bruns Nr. 118, I 12: *impensa praestetur,* 17: *haec praestare*; II 9 . . . *praestet nummos.* Laudatio Turiae, Bruns Nr. 126, I 8: *non amplius,* 35: *Talia,* 42: *liberalitatem*; II 1: *subsidia,* 49: *pietatem,* 62: *suprema,* 77, 78: *omnia.* Aedificium post columnam divi Marci, Bruns Nr. 144 B. 10 b. 50: *solarium.* Collegium eborariorum, Bruns Nr. 181 lin. 10: *sportulas,* lin. 13, 15: *Vinum,* lin. 25: *omnia.*

stimmung des Sprachgebrauches der vorjustinianischen Quellen mit Justinians Terminologie ins Gewicht.

Neben gelegentlichem untechnischem Gebrauche[1]) verwendet die vorjustinianische Literatur[2]) *praestare* juristisch in dreifacher Bedeutung, für gewähren[3]), leisten[4]) und haften.[5]) Die Leistung, die durch *praestare* bezeichnet

---

[1]) Paulus, Sent. 3, 6, 56: *ea legato continentur, quibus domus munitior vel tuta ab incendio praestatur.* Frag. Vat. 249, 7: *quae omnia consignare actio iudicio praestat.*

[2]) Nach dem Berliner Index.

[3]) Gaius 2, 155: *commodum*, 2, 215: *patientiam*, 3, 50: *idem iuris*, 3, 51: *nihil novi*, 4, 153: *habitationem*. Ulp., Reg. 16, 1a: *solidi capiendi ius*, 29, 1: *nihil*. Paul., Sent. 1, 1 A, 18: *vacationem*, 4, 3, 4: *plenam fidem*, 4, 13, 2: *libertatem*, 5, 12, 1d: *libertatem*, 5, 23, 1 und 2: *mortis causam*. Frag. Vat. 129: *vacationem*, 226: *ingenuitatis imaginem*, 235: *hoc (excusationem a tutelis)*, 245: *iustas causas excusationis*. Coll. leg. Rom. et Mosaic. 1, 2, 1; 1, 4, 1; 8, 4, 1: *mortis causam*, 1, 9, 1: *mortem*, 1, 12, 1: *veniam*.

[4]) Gaius 1, 172: *honorem*, 2, 202: *rem (legatam)*, 2, 205: *rem legatam vel aestimationem*, 2, 262: *rem (per fideicommissum relictam)*, 3, 137: *quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*, 3, 145: *vectigal*, 3, 155: *quod . . bona fide praestare oportet*, 3, 205: *rem*, 4, 13: *summam sacramenti*, 4, 53d: *id quod non petitur*, 4, 61: *quod invicem actorem . . . praestare oporteret*, 4, 131: *aliquid; pecuniam; id quod praestari oportet*. Ulp., Reg. 2, 9: *rem aliquam*. Paul., Sent. 1, 1 A, 15: *totam (pecuniam)*, 1, 1 A, 27: *frumentum*, 1, 1 B, 2: *obsequium*, 1, 4, 3: *usuras*, 1, 13 B, 2: *pretia rerum*, 1, 13 B, 8: *duplam aestimationem*, 1, 13 B, 9: *fructus*, 2, 12, 5a: *usuras*, 2, 12, 7: *usuras*, 2, 13, 1a: *usuras*, 2, 13, 3: *remancipatam rem*, 2, 14, 1: *usuras*, 2, 17, 6: *quanto minoris valuisset, emptori praestare compellitur*, 2, 17, 9: *usuras*, 2, 21 B, 1b: *alimonia*, 3, 6, 1: *nummi legati . . . officio iudicis familiae herciscundae — praestabuntur*, 3, 6, 17: *usumfructum (legatum)*, 3, 6, 40: *mercedes*, 3, 8, 4: *fideicommissa et legata*, 4, 1, 5; 4, 1, 7; 4, 1, 14; 4, 1, 17: *fideicommissum*, 4, 1, 19: *aestimationem*, 4, 1, 20: *per fideicommissum . . . ea*, 4, 5, 6: *quartae portionis portionem*, 5, 1 A, 7: *vectigal*, 5, 5 B, 1: *alimenta*, 5, 6, 8c: *cautionem*, 5, 9, 1: *fructus*. Frag. Vat. 2: *usuras*, 8: *duplum*, 11: *alterum tantum*, 17: *usuras*, 65: *fructus*, 249, 4: *promissa*. Coll. leg. Rom. et Mos., 10, 7, 7: *usuras*.

[5]) Gaius 3, 206 und 207: *custodiam*. Paul., Sent. 1, 4, 1: *bonam fidem et exactam diligentiam*, 2, 4, 3: *custodiam et diligentiam*, 2, 12, 6: *dolum*. Frag. Vat. 101: *culpam, non etiam periculum*, 249, 4: *periculum*. Coll. leg. Rom. et Mos. 10, 2, 1: *culpam; utrumque; dolum*, 10, 3, 1: *dolum, non etiam casum*, 10, 5, 1: *ultra dolum nihil*, 10, 7, 6: *dolum*, 10, 8, 1: *dolum*.

wird, ist nicht auf das Obligationenrecht beschränkt.[1]) Besonders beliebt ist *praestare* zur Bezeichnung der Leistung aus Legaten und Fideikommissen.[2]) Auch von der *hereditatis petitio* wird es gebraucht.[3]) Im Rahmen der Forderungsrechte bezeichnet *praestare* nicht bloß die Leistung aus *bonae fidei*-Verträgen[4]), sondern auch die aus Geschäften *stricti iuris*[5]), ferner nicht bloß Neben- und Eventualleistungen wie die von Früchten[6]), Zinsen[7]), einer Kaution[8]), des Wertes[9]) oder eines Schadensersatzes[10]), sondern auch die Hauptleistung[11]) selbst.

Den Sinn von Haften hat *praestare* bewahrt in den Verbindungen *culpam*[12]), *dolum*[13]), *utrumque (dolum et culpam)*[14]), *nasum*[15]), *custodiam*[16]), *diligentiam*[17]), *bonam fidem*[18]), *periculum*[19]) *praestare*. Gelegentlich mag man zweifeln, ob *praestare* gewähren oder leisten[20]), leisten oder haften[21]) be-

---

[1]) Gaius 1, 172; 4, 13. Paul., Sent. 1, 1 A, 27; 1, 1 B, 2; 2, 21 B, 1 b; 3, 6, 1; 3, 6, 17; 4, 5, 6; 5, 1 A, 7; 5, 5 B, I.

[2]) Gaius 2, 202; 205; 262. Paul., Sent. 3, 6, 17; 3, 8, 4; 4, 1, 5; 4, 1, 7; 4, 1, 14; 4, 1, 17; 4, 1, 19; 4, 1, 20. Ulp., Reg. 2, 9; frag. Vat. 65.

[3]) Paul., Sent. 1, 13 B, 2, 8 und 9.

[4]) Gaius 3, 137; 145; 149; 155; 205; 4, 61. Paul., Sent. 1, 4, 3; 2, 12, 5a; 2, 12, 7; 2, 13, 3; 2, 17, 6; 2, 17, 9; 3, 6, 40. Frag. Vat. 2; 8; 11; 12; 17. Coll. leg. Rom. et Mos. 10, 7, 7.

[5]) Gaius 4, 53d; 4, 131. Paul., Sent. 5, 9, 1. Frag. Vat. 249, 4.

[6]) Paul., Sent. 1, 13 B, 9; 5, 9, 1. Frag. Vat. 65.

[7]) Paul., Sent. 1, 4, 3; 2, 12, 5a; 2, 12, 7; 2, 13, 1a; 2, 14, 1; 2, 17, 9. Frag. Vat. 2; 17. Coll. leg. Rom. et Mos. 10, 7, 7.

[8]) Paul., Sent. 5, 6, 8c.

[9]) Gaius 2, 205. Paul., Sent. 1, 13 B, 2 und 8; 4, 1, 19.

[10]) Gaius 3, 149. Paul., Sent. 2, 17, 6. Frag. Vat. 8; 11.

[11]) Gaius 3, 137; 145; 155; 205; 4, 53d; 61; 131. Paul., Sent. 1, 1 A, 15; 2, 13, 3; 3, 6, 40. Frag. Vat. 249, 4.

[12]) Frag. Vat. 1, 101. Coll. leg. Rom. et Mos. 10, 2, 1.

[13]) Paul., Sent. 2, 12, 6. Coll. leg. Rom. et Mos. 10, 2, 1; 10, 3, 1; 10, 5, 1; 10, 5, 6; 10, 8, 1.

[14]) Coll. leg. Rom. et Mos. 10, 2, 1. [15]) Coll. 10, 3, 1.

[16]) Gaius 3, 206; 207. Paul., Sent. 2, 4, 3.

[17]) Paul. Sent. 1, 4, 1; 2, 4, 3. [18]) Paul., Sent. 1, 4, 1.

[19]) Frag. Vat. 101; 249, 4.

[20]) Gaius 2, 222: *heredi vero familiae erciscundae iudicis officio praestabitur (res).*

[21]) Gaius 3, 149: . . . *ut quis maiorem partem lucretur, minorem*

deuten soll, wie ja auch in dem deutschen Gewähren bisweilen die Pflicht, in dem Leisten mitunter das Haften überwiegt oder haften nichts anderes als leisten besagt.

Als Formelwort ist *praestare* wohl auch durch Gaius[1]) zweifellos belegt. Für seine Verwendung in einer bestimmten Formel fehlt dagegen in dieser Literatur[2]) ein sicheres Zeugnis, da die Berufung auf Gaius[3]) zugunsten der *actio mandati*, wie bereits bemerkt[4]), anderen Zeugnissen gegenüber[5]) versagt.

Nichts anderes als was die Reste der vorjustinianischen Literatur an wenigen Beispielen lehren, zeigen auch Justinians Digesten[6]), bloß in größerer Mannigfaltigkeit und in reichlicherer Anwendung.

Auch hier findet sich praestare verhältnismäßig wenig in einer, wenn der schon zuvor gebrauchte Ausdruck gestattet ist, unjuristischen Verwendung.[7]) Als juristischer Terminus wird *praestare* auch hier in der dreifachen Bedeutung von gewähren, leisten und haften verwendet.

„Gewährt" werden das *ius respondendi*[8]), eine *causa*[9]) *occasio*[10]) *culpa*[11]), *materia*[12]), *copia*[13]), *ratio*[14]), ein *argumen-*

---

damni praestet. Frag. Vat. 12: . . . *nec oportet evictionis securitatem praestari* . . .

[1]) 4, 2.

[2]) Mehr als allgemeine Bedeutung hat wohl auch das Zeugnis des unzuverlässigen (Lenel, Holtzendorffs Enzyklopädie 17 S. 367 zu N. 4) Gaius von Autun (§ 108) nicht.

[3]) 3, 155. [4]) Oben S. 000 N. 0.

[5]) Namentlich gegenüber D. 17, 1, 45, 5.

[6]) Nach dem Berliner Index.

[7]) D. 1, 2, 1 i. f. 1, 2, 2, 35 i. f. 3, 3, 42, 2. 5, 3, 36, 1. 9, 2, 2, 2. 12, 1, 6 i. f. 27, 10, 7, 1 i. f. 30, 39 pr. 49, 17, 19, 5. Besonders häufig: *indemnem praestare (se* oder *alium)*. D. 10, 2, 20, 5. 11, 7, 14, 1. 12, 6, 38 pr. 13, 7, 31. 16, 1, 19 pr. und 2. 17, 1, 59, 5. 17, 2, 23 pr. 19, 2, 54 pr. i. f. 21, 1, 23, 8 und 29, 3. 23, 3, 16 pr. 26, 7, 17. 30, 70 pr, und 107 pr.

[8]) D. 1, 2, 2, 49.

[9]) D. 2, 11, 2, 9. 9, 2, 7, 6; 9 pr.; 49 pr. 24, 1, 36 pr. 24, 2. 6. 41, 1, 46. 48, 5, 12, 13.

[10]) D. 9, 2, 30, 3. 10, 1, 8 pr. 21, 1, 31, 12. 39, 6, 33.

[11]) D. 13, 6, 5, 13. [12]) D. 14, 6, 1 pr.

[13]) D. 48, 17, 1, 1 i. f. [14]) D. 23, 2, 67, 6.

tum[1]), *fides*[2]), *arbitrium*[3]), *advocatio*[4]), *patrocinium*[5]), *auxilium*[6]), *refugium*[7]), *defensio*[8]), *immunitas*[9]), *ministerium*[10]), *restauratio*[11]), *restitutio*[12]), *affectio*[13]) und *affectus*[14]), *facultas*[15]) *gratia*[16]), *reverentia*[17]), *auctoritas*[18]), *augmentum*[19]), *deminutio*[20]) und *decessio*[21]), *commodum*[22]), *emolumentum*[23]), *damnum*[24]), *beneficium*[25]), *praemium*[26]), *consilium*[27]), *silentium*[28]), *tempus*[29]), *initium*[30]), *vacatio*[31]), *praesentia*[32]), *excusatio*[33]), *separatio*[34]), *condicio*[35]), *amoenitas*[36]), *notio*[37]), *alienatio*[38]), *possessio*[39]), *libertas*[40]), *liberatio*[41]), *opera*[42]),

1) D. 48, 5, 12, 12.

2) D. 2, 14, 52, 1. 3, 2, 6, 5. 3, 5, 37. 5, 2, 27 pr. 17, 1, 22, 5. 24, 1, 5, 15. 26, 7, 5, 7. 49, 14, 3 pr. und 40 pr.

3) D. 19, 2, 24 pr.

4) D. 3, 1, 6. 38, 2, 14, 9.

5) D. 22, 5, 25.

6) D. 23, 5, 13, 3.

7) D. 11, 3, 1, 2.

8) D. 3, 3, 43, 2. 50, 4, 3, 5.

9) D. 50, 6, 6, 4.

10) D. 13, 5, 15. 41, 2, 18 pr.

11) D. 4, 4, 7, 12.

12) D. 4, 4, 25, 1; 27 pr.; 27, 4; (42).

13) D. 12, 3, 3, 4 pr.

14) D. 33, 1, 21, 4.

15) D. 26, 10, 6. 29, 2, 57 pr. 33, 2, 1. 33, 5, 8, 3. 39, 2, 41.

16) D. 23, 3, 78, 2.

17) D. 2, 4, 13.

18) D. 26, 7, 1, 2. 26, 8, 17.

19) D. 35, 2, 32, 1.

20) D. 35, 2, 32 pr.

21) D. 35, 2, 32, 1.

22) D. 22, 1, 37. 42, 1, 40.

23) D. 36, 1, 52 i. f.

24) D. 4, 2, 23, 3.

25) D. 24, 3, 12. 37, 15, 3.

26) D. 49, 16, 13, 2.

27) D. 47, 2, 91, 1.

28) D. 29, 5, 14.

29) D. 4, 4, 50. 4, 6, 38, 1. 5, 1, 32. 21, 1, 55. 22, 1, 3 pr. 40, 9, 12, 6.

30) D. 43, 24, 6.

31) D. 50, 5, 3; 10 pr. 50, 16, 18.

32) D. 50, 16, 246 pr.

33) D. 50, 5, 2, 1; 2, 5; 2, 7a.

34) D. 42, 6, 1, 6.

35) D. 17, 2, 14.

36) D. 43, 24, 16, 1.

37) D. 42, 1, 59, 3.

38) D. 49, 17, 18, 1.

39) D. 19, 2, 15, 1.

40) D. 2, 12, 2. 4, 4, 33. 5, 2, 8, 17; 9; 28. 9, 4, 14, 1. 23, 2, 50. 25, 6, 1, 11. 27, 10, 17. 29, 7, 11. 30, 108, 14. 31, 77, 29; 84. 32, 37, 3. 35, 2, 32, 5; 36, 4. 36, 1, 17, 13; 32, 1. 37, 14, 23, 1. 38, 2, 41. 40, 2, 15, 1. 40, 4, 20; 40 pr.; 47 pr. 40, 5, 4, 15; 4, 16; 4, 19; 8; 10 pr.; 19 pr.; 22 pr.; 22, 2; 23, 1; 24, 7; 24, 8; 24, 14; 24, 18; 24, 19; 24, 21; 26, 6; 26, 7; 26, 10; 26, 11; 28, 1; 28, 2; 30, 1; 30, 3; 30, 9; 30, 16; 30, 17; 31, 1; 31, 4; 34, 1; 36 pr.; 37; 39, 1; 41, 2; 41, 4; 44; 45 pr.; 45, 2; 47 pr.; 48; 51 pr.; 54; 56. 40, 7, 40 pr. 40, 8, 3. 40, 12, 43. 41, 3, 4, 28 (libertatem servitutium). 45, 1, 122, 2. 46, 3, 72, 5. 47, 10, 5, 11. 48, 10, 15, 2; 22, 3. 49, 14, 45, 3.

41) D. 34, 3, 28, 9. 36, 2, 19, 3. 46, 3, 46, 1.

42) D. 30, 39 pr.

deuten soll, wie ja auch in dem deutschen Gewähren bisweilen die Pflicht, in dem Leisten mitunter das Haften überwiegt oder haften nichts anderes als leisten besagt.

Als Formelwort ist *praestare* wohl auch durch Gaius[1]) zweifellos belegt. Für seine Verwendung in einer bestimmten Formel fehlt dagegen in dieser Literatur[2]) ein sicheres Zeugnis, da die Berufung auf Gaius[3]) zugunsten der *actio mandati*, wie bereits bemerkt[4]), anderen Zeugnissen gegenüber[5]) versagt.

Nichts anderes als was die Reste der vorjustinianischen Literatur an wenigen Beispielen lehren, zeigen auch Justinians Digesten[6]), bloß in größerer Mannigfaltigkeit und in reichlicherer Anwendung.

Auch hier findet sich praestare verhältnismäßig wenig in einer, wenn der schon zuvor gebrauchte Ausdruck gestattet ist, unjuristischen Verwendung.[7]) Als juristischer Terminus wird *praestare* auch hier in der dreifachen Bedeutung von gewähren, leisten und haften verwendet.

„Gewährt" werden das *ius respondendi*[8]), eine *causa*[9]) *occasio*[10]) *culpa*[11]), *materia*[12]), *copia*[13]), *ratio*[14]), ein *argumen-*

---

damni praestet. Frag. Vat. 12: . . . *nec oportet evictionis securitatem praestari* . . .

[1]) 4, 2.

[2]) Mehr als allgemeine Bedeutung hat wohl auch das Zeugnis des unzuverlässigen (Lenel, Holtzendorffs Enzyklopädie 17 S. 367 zu N. 4) Gaius von Autun (§ 108) nicht.

[3]) 3, 155. [4]) Oben S. 000 N. 0.

[5]) Namentlich gegenüber D. 17, 1, 45, 5.

[6]) Nach dem Berliner Index.

[7]) D. 1, 2, 1 i. f. 1, 2, 2, 35 i. f. 3, 3, 42, 2. 5, 3, 36, 1. 9, 2, 2, 2. 12, 1, 6 i. f. 27, 10, 7, 1 i. f. 30, 39 pr. 49, 17, 19, 5. Besonders häufig: *indemnem praestare (se* oder *alium).* D. 10, 2, 20, 5. 11, 7, 14, 1. 12, 6, 38 pr. 13, 7, 31. 16, 1, 19 pr. und 2. 17, 1, 59, 5. 17, 2, 23 pr. 19, 2, 54 pr. i. f. 21, 1, 23, 8 und 29, 3. 23, 3, 16 pr. 26, 7, 17. 30, 70 pr, und 107 pr.

[8]) D. 1, 2, 2, 49.

[9]) D. 2, 11, 2, 9. 9, 2, 7, 6; 9 pr.; 49 pr. 24, 1, 36 pr. 24, 2, 6. 41, 1, 46. 48, 5, 12, 13.

[10]) D. 9, 2, 30, 3. 10, 1, 8 pr. 21, 1, 31, 12. 39, 6, 33.

[11]) D. 13, 6, 5, 13. [12]) D. 14, 6, 1 pr.

[13]) D. 48, 17, 1, 1 i. f. [14]) D. 23, 2, 67, 6.

tum[1]), *fides*[2]), *arbitrium*[3]), *advocatio*[4]), *patrocinium*[5]), *auxilium*[6]), *refugium*[7]), *defensio*[8]), *immunitas*[9]), *ministerium*[10]), *restauratio*[11]), *restitutio*[12]), *affectio*[13]) und *affectus*[14]), *facultas*[15]) *gratia*[16]), *reverentia*[17]), *auctoritas*[18]), *augmentum*[19]), *deminutio*[20]) und *decessio*[21]), *commodum*[22]), *emolumentum*[23]), *damnum*[24]), *beneficium*[25]), *praemium*[26]), *consilium*[27]), *silentium*[28]), *tempus*[29]), *initium*[30]), *vacatio*[31]), *praesentia*[32]), *excusatio*[33]), *separatio*[34]), *condicio*[35]), *amoenitas*[36]), *notio*[37]), *alienatio*[38]), *possessio*[39]), *libertas*[40]), *liberatio*[41]), *opera*[42]),

[1]) D. 48, 5, 12, 12.

[2]) D. 2, 14, 52, 1. 3, 2, 6, 5. 3, 5, 37. 5, 2, 27 pr. 17, 1, 22, 5. 24, 1, 5, 15. 26, 7, 5, 7. 49, 14, 3 pr. und 40 pr.

[3]) D. 19, 2, 24 pr.

[4]) D. 3, 1, 6. 38, 2, 14, 9.

[5]) D. 22, 5, 25.

[6]) D. 23, 5, 13, 3.

[7]) D. 11, 3, 1, 2.

[8]) D. 3, 3, 43, 2. 50, 4, 3, 5.

[9]) D. 50, 6, 6, 4.

[10]) D. 13, 5, 15. 41, 2, 18 pr.

[11]) D. 4, 4, 7, 12.

[12]) D. 4, 4, 25, 1; 27 pr.; 27, 4; (42).

[13]) D. 12, 3, 3, 4 pr.

[14]) D. 33, 1, 21, 4.

[15]) D. 26, 10, 6. 29, 2, 57 pr. 33, 2, 1. 33, 5, 8, 3. 39, 2, 41.

[16]) D. 23, 3, 78, 2.

[17]) D. 2, 4, 13.

[18]) D. 26, 7, 1, 2. 26, 8, 17.

[19]) D. 35, 2, 32, 1.

[20]) D. 35, 2, 32 pr.

[21]) D. 35, 2, 32, 1.

[22]) D. 22, 1, 37. 42, 1, 40.

[23]) D. 36, 1, 52 i. f.

[24]) D. 4, 2, 23, 3.

[25]) D. 24, 3, 12. 37, 15, 3.

[26]) D. 49, 16, 13, 2.

[27]) D. 47, 2, 91, 1.

[28]) D. 29, 5, 14.

[29]) D. 4, 4, 50. 4, 6, 38, 1. 5, 1, 32. 21, 1, 55. 22, 1, 3 pr. 40, 9, 12, 6.

[30]) D. 43, 24, 6.

[31]) D. 50, 5, 3; 10 pr. 50, 16, 18.

[32]) D. 50, 16, 246 pr.

[33]) D. 50, 5, 2, 1; 2, 5; 2, 7a.

[34]) D. 42, 6, 1, 6.

[35]) D. 17, 2, 14.

[36]) D. 43, 24, 16, 1.

[37]) D. 42, 1, 59, 3.

[38]) D. 49, 17, 18, 1.

[39]) D. 19, 2, 15, 1.

[40]) D. 2, 12, 2. 4, 4, 33. 5, 2, 8, 17; 9; 28. 9, 4, 14, 1. 23, 2, 50. 25, 6, 1, 11. 27, 10, 17. 29, 7, 11. 30, 108, 14. 31, 77, 29; 84. 32, 37, 3. 35, 2, 32, 5; 36, 4. 36, 1, 17, 13; 32, 1. 37, 14, 23, 1. 38, 2, 41. 40, 2, 15, 1. 40, 4, 20; 40 pr.; 47 pr. 40, 5, 4, 15; 4, 16; 4, 19; 8; 10 pr.; 19 pr.; 22 pr.; 22, 2; 23, 1; 24, 7; 24, 8; 24, 14; 24, 18; 24, 19; 24, 21; 26, 6; 26, 7; 26, 10; 26, 11; 28, 1; 28, 2; 30, 1; 30, 3; 30, 9; 30, 16; 30, 17; 31, 1; 31, 4; 34, 1; 36 pr.; 37; 39, 1; 41, 2; 41, 4; 44; 45 pr.; 45, 2; 47 pr.; 48; 51 pr.; 54; 56. 40, 7, 40 pr. 40, 8, 3. 40, 12, 43. 41, 3, 4, 28 (libertatem servitutium). 45, 1, 122, 2. 46, 3, 72, 5. 47, 10, 5, 11. 48, 10, 15, 2; 22, 3. 49, 14, 45, 3.

[41]) D. 34, 3, 28, 9. 36, 2, 19, 3. 46, 3, 46, 1.

[42]) D. 30, 39 pr.

patientia[1]), *conductio*[2]), Servituten und was deren Inhalt ausmacht[3]) u. a. m.[4])

Gewisse Wendungen sind zweideutig. Das gilt vor allem von der Verbindung *actionem praestare.* Als Ausfluß der obrigkeitlichen Gewalt bedeutet es soviel wie Gewähren einer Klage.[5]) Wo es dagegen den Inhalt einer Parteienverpflichtung ausdrückt, die Abtretung der Klage des Verpflichteten gegen einen Dritten[6]), kann die Wendung zwar auch mit „Gewähren der Klage" übersetzt werden, wenn man sich nur vor Augen hält, daß dieses Gewähren eben eine Verpflichtung ist. In diesem Sinne steht es daher wohl bereits dem Leisten näher als dem einfachen Gewähren. Aber auch in anderen Fällen kann man für *praestare* zwischen „gewähren" und „leisten" schwanken, wenn aus dem mitgeteilten Tatbestande nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, ob eine Verpflichtung des Gewährenden begründet ist oder ob eine freiwillige Gewährung des Leistenden vorliegt, wie ja überhaupt die Grenze zwischen dem

---

[1]) D. 24, 3, 57 i. f. 39, 1, 22. 39, 3, 4, 2; 5; 7, 1; 11, 2; 11, 6; 12. 43, 1, 5. 43, 8, 2, 43. 43, 24, 7 pr.; 7, 1; 13, 7; 15, 1.

[2]) D. 18, 1, 79.

[3]) D. 8, 1, 15, 1. 8, 2, 10; 31; 41 pr. 8, 3, 4; 20 pr. 8, 4, 6, 3a. 11, 7, 12 pr. 18, 1, 66 pr. 18, 6, 19 pr. 19, 1, 21, 6. 19, 2, 9 pr.; 19, 5. 20, 2, 5 pr. 23, 3, 78, 2. 30, 44, 9. 33, 2, 15, 1. 33, 3, 6. 34, 2, 25, 4. 34, 3, 18. 43, 20, 1, 13.

[4]) D. 2, 4, 19. 3, 3, 76. 9, 4, 26, 6; 39 pr. 19, 2, 33. 21, 2, 64 pr. 29, 2, 9. 30, 57 i. f. 35, 2, 68 pr.; 90. 36, 1, 61 pr. i. f. 37, 8, 3. 39, 1, 1, 20. 40, 12, 3 pr. 41, 3, 33, 6. 42, 1, 4, 5; 24, 1. 42, 5, 28. 43, 20, 1, 23. 43, 26, 8 pr. 49, 11, 2. 50, 17, 136; 156, 4.

[5]) D. 4, 2, 21, 6. 10, 2, 42. 19, 1, 13, 12. 28, 6, 40. 44, 7, 7. 45, 1, 73 pr. 50, 15, 5 pr.

[6]) D. 3, 5, 20, 3. 4, 9, 6, 4. 5, 3, 16, 7; 18 pr.; 20, 17; 31 pr. (condictionem). 6, 1, 17, 1; 41, 1; 69. 12, 1, 31, 1 i. f. 13, 6, 5, 12; 14, 1, 5 pr. 14, 4, 3, 1. 15, 1, 51. 16, 3, 1, 11; 2; 16. 17, 1, 14 pr.; 27, 5; 45 pr.; 45, 5; 54, 1; 59 pr. 17, 2, 3 pr. 18, 4, 2, 8; 6 (persecutionem pignoris); 14 pr.; 21. 18, 6, 14. 19, 1, 31 pr.; 52, 2. 19, 2, 11 pr.; 47; 60, 2. 21, 1, 25, 4. 21, 2, 38; 65. 24, 1, 39. 24, 3, 18, 1; 44, 1. 26, 7, 38, 2; 39, 14; 61. 27, 3, 20, 1. 30, 39, 3; 75, 2; 105; 108, 13. 31, 13 pr.; 50, 2; 76, 1; 77, 9; 88, 8. 33, 8, 19, 1; 23 pr. 34, 3, 10; 23. 34, 4, 25. 35, 1, 73. 39, 5, 35 pr. 40, 5, 33, 2. 42, 5, 14, 1. 43, 18, 1, 1. 43, 24, 11, 10; 15, 1. 46, 1, 13; 36. 46, 3, 38, 1 (condictionem); 94, 3 (petitionem); 95, 10. 46, 6, 12. 47, 2, 81 pr.; 81, 5 und 81, 7 (condictionem).

„unfreiwilligen Gewähren“ und dem „freiwilligen Leisten“ nur zu leicht verschwimmt.[1])

Jedenfalls überwiegt die Bedeutung des Leistens für *praestare* dessen übrige Verwendungen ganz auffallend, ohne daß sich eine bestimmte Art von Leistungen, sei es dem Gegenstand oder dem Grunde nach als die technische oder auch nur als besonders bevorzugt erkennen ließe. Es bezeichnet die Leistung aus Obligationen aller Art, aus Kontrakten *bonae fidei*[2]) und *stricti iuris*[3]), aus Pakten[4]) und aus Deliktsobligationen.[5]) Geradezu technisch möchte man

[1]) Vgl. z. B. D. 3, 5, 33; 39. 15, 3, 3, 3. 17, 2, 63, 1; 63, 2. 19, 5, 5, 4. 33, 2, 26 pr.; 32, 4; 32, 5; 38. 33, 7, 19, 1. 39, 2, 22 pr. 44, 2, 29 pr. 44, 3, 6 pr. 48, 11, 7, 2.

[2]) D. 2, 14, 43; 58. 3, 5, 2; 7, 1; 17; 18 pr.; 18, 4; 20, 3; 24; 27. 5, 1, 41. 6, 2, 14. 7, 1, 34, 1. 9, 3, 4; 7. 10, 3, 9; 11; 15; 20; 25. 11, 1, 20 pr. 12, 1, 31, 1. 12, 2, 13, 3. 12. 7, 2. 13, 4, 7 pr. 13, 6, 3, 1; 5, 3; 10 pr.; 13, 1; 17, 5. 14, 1, 1, 12. 14, 5, 6. 15, 1, 3, 7. 16, 3, 1, 14; 3. 17, 1, 5, 3; 5, 4; 8, 5; 8, 10; 10, 2; 10, 3; 22, 4; 26, 7; 26, 8; 31; 34, 1; 35; 36 pr.; 36, 1; 36, 2; 48, 1; 58, 1; 59, 2; 60, 1. 17, 2, 21; 23 pr.; 52 pr. i. f.; 52, 13; 52, 18; 58, 2; 62; 65, 6; 65, 9; 67 pr.; 69. 18, 1, 6, 1; 6, 2; 34, 3; 45; 59; 65; 66 pr. 18, 2, 4, 4. 18, 4, 2, 3 i. f.; 2, 6; 2, 7; 2, 17; 8; 10; 21; 24; 25. 19, 1, 2 pr.; 6, 4; 6, 8; 6, 9; 11, 1; 11, 4; 11, 10; 11, 11; 11, 15; 11, 18; 13 pr.; 13, 1; 13, 4; 13, 6; 13, 13; 13, 16; 13, 17: 13, 19; 13, 24; 13, 26; 21, 6; 23; 31 pr.; 31, 1; 38 pr.; 45, 1; 48; 52, 1; 52, 2; 53 pr.; 54, 1; 55. 19, 2, 8; 9, 1; 15, 1; 15, 2; 19, 2; 21; 24, 3; 24, 4; 28 pr.; 28, 2; 30, 1; 33; 35, 1; 36; 38 pr.; 51 pr.; 58, 2; 60 pr.; 61 pr. 20, 5, 12, 1. 21, 1, 17, 20; 18, 1; 23 pr.; 23, 8; 23, 9; 25, 10; 26; 29 pr.; 31, 6; 31, 11; 33 pr.; 57 pr.; 57, 1. 21, 2, 5; 8; 16 pr.; 22 pr.; 48; 51, 3; 60; 64, 1; 67; 75. 22, 1, 4 pr.; 38, 10; 38, 15. 23, 3, 78, 2. 24, 1, 50. 24, 3, 7, 8. 29, 5, 8 pr. 33, 7, 29. 38, 2, 1, 2. 41, 2, 32, 1. 43, 24, 11, 8. 44, 7, 2, 3; 5 pr.; 46, 1, 67. 46, 6, 11. 47, 2, 14 pr.; 52, 8; 62 pr.; 62, 5.

[3]) D. 2, 15, 16. 3, 3, 39, 6; 42, 2. 6, 1, 57; 58. 7, 1, 25 pr.; 36, 1. 7, 7, 1. 10, 2, 25, 9; 25, 10; 25, 13; 44, 5; 49. 13, 1, 8 pr. 13, 4, 2, 3. 13, 6, 13 pr. 13, 7, 22 pr. 16, 1, 19 pr. 18, 1, 81, 1. 18, 4, 21. 18, 7, 7. 19, 1, 13, 8; 55. 19, 2, 54, 1. 21, 2, 41 pr. 24, 3, 25, 4. 30, 56. 34, 3, 11. 35, 1, 73. 35, 2, 15, 1. 39, 1, 21, 7. 39, 2, 5, 2; 24, 10. 44, 7, 45. 45, 1, 2, 2; 2, 5; 64; 73 pr.; 75, 8; 103; 114; 122, 1; 126, 2; 138, 1. 45, 2, 8. 46, 2, 12. 46, 3, 94, 2. 49, 14, 5 pr. 50, 16, 71, 1; 200.

[4]) D. 2, 14, 27, 6; 52, 3. 2, 15, 7, 2; 8, 25. 19, 1, 52, 2. 19, 5, 20, 1; 24. 23, 4, 12, 1; 13. 24, 1, 31, 4.

[5]) D. 2, 1, 9. 2, 10, 1, 4. 3, 3, 46, 5. 4, 2, 12 pr.; 16, 1. 4, 3, 17 pr. 4, 4, 24, 3. 5, 1, 15, 1. 6, 1, 27, 5. 9, 2, 11, 2; 32 pr.; 51, 2. 9, 4, 9; 17 pr. 10, 3, 8, 3. 12, 2, 30, 1. 13, 7, 22 pr. 17, 2, 52, 18; 56. 26, 7, 55, 1. 33, 8. 16 pr. 39, 4, 3, 3; 6. 44, 7, 34 pr. 46, 3, 94, 2.

auch den Gebrauch von *praestare* für die Leistung von Legaten und Fideikommissen[1]) sowie für die aus Erwerb von Todes wegen überhaupt[2]) nennen. Besonders beliebt ist die Verwendung von *praestare* ferner mit Bezug auf die *actio de peculio*[3]) und auf andere adjektizische Klagen.[4])

47, 2, 75. 47, 4, 1, 19. 47. 6, 3 pr.; 3, 2; 5. 47, 7, 6, 1. 47, 10, 17, 4. 48, 5, 28, 1; 28, 16.

[1]) D. 4, 6, 41. 5, 1, 50 pr.; 52, 2. 5, 2, 28. 5, 3, 6. 28, 3, 17. 28, 5, 93. 28, 6, 12; 34, 2; 41, 6. 29, 4, 1, 9; 6 pr.; 6, 8; 6, 9; 10, 2; 23; 25; 26 pr.; 28 pr. 29, 7, 3 pr.; 3, 1. 30, 39, 1; 92, 1; 94 pr.; 94, 1; 94, 3; 96, 1; 103; 107 pr.; 122, 2; 124; 126 pr. 31, 28; 29, 2; 33, 1; 34, 6; 43, 2; 61, 1; 62; 67, 6; 67, 8; 77, 1; 77, 7; 77, 23; 81; 82, 1; 87, 4; 88, 5. 32, 40 pr.; 41, 1; 41, 9; 103 pr.; 103, 2. 33, 1, 6; 13 pr. 33, 2, 9; 14; 33, 4, 1, 13. 34, 1, 18 pr. 34, 4, 23; 28. 34, 5, 5 pr. 34, 9, 9 pr. 35, 1, 4 pr.; 19, 2; 22; 54 pr.; 66; 101, 4. 35, 2, 17; 22 pr.; 32, 4; 52 pr.; 52, 1; 71; 74; 75; 87, 3; 87, 4; 87, 7; 87, 8. 35, 3, 3, 6; 3, 7; 3, 10; 5. 36, 1, 3, 2; 11 pr.; 15, 3; 28, 6; 57, 2; 61 pr.; 80, 1. 36, 2, 5, 6. 36, 3, 1 11. 37, 4, 14 pr.; 20, 2; 20, 3. 37, 5. 37, 5, 1 pr.; 1, 3; 2; 3, 3; 3, 4; 3, 5; 3, 6; 3, 7; 5 pr.; 5, 1; 5, 2; 5, 3: 5, 5; 5, 8; 10, 2; 12; 14 pr.; 14, 1; 15 pr.; 15, 1; 15, 4; 16; 17; 21; 25, 1. 37, 8, 2; 7 i. f. 37, 11, 5, 1. 37, 12, 3, 1. 38, 2, 45. 40, 5, 9; 19, 1; 38; 47 pr.; 56. 42, 8, 6, 13. 49, 14, 48 pr. 49, 17, 17, 1.

[2]) D. 2, 15, 8, 5. 5, 3, 16, 7. 7, 1, 36, 2; 50. 7, 6, 1, 1; 1, 2; 1, 3. 10, 2, 25, 17; 25, 22; 33; 39, 2. 18, 4, 2, 3. 30, 14, 1; 26, 2; 32, 1; 34, 3; 34, 8; 39 pr.; 39, 10; 41, 4; 41, 9; 43 pr.; 44, 8; 47 pr.; 47, 1; 47, 2; 47, 3; 49, 4; 53, 2; 53, 5; 53, 7; 53, 8; 53, 9; 56; 69, 3; 70, 1; 70, 3; 71, 1; 71, 3; 71, 4; 75, 4; 77; 82, 5; 86, 3; 91, 7; 94, 2; 96, 2; 108 pr.; 108, 4; 108, 14; 109, 1; 110; 114, 4. 31, 17, 1; 22; 32 pr.; 32, 4; 34 pr.; 34, 7; 49, 4; 53 pr.; 53, 2; 69, 1; 69, 2; 77, 17; 77, 20; 86, 1; 87 pr.; 88, 8; 88, 9; 88, 11. 32, 8 pr.; 11, 3; 11, 6; 11, 17; 11, 18; 11, 22; 14, 2; 15; 21, 1; 21, 2; 26; 27, 2; 29, 2; 30, 1; 34, 3; 35, 3; 37, 3; 37, 7; 39, 2; 40, 1; 41, 2; 64; 85; 95; 102 pr. 33, 1, 3, 6; 5; 6; 10 pr.; 12; 15; 18 pr.; 19 pr.; 19, 1; 19, 2; 20, 1; 21 pr.; 21, 2; 21, 5. 33, 2, 32, 7; 32, 8; 32, 9. 33, 4, 1, 2; 1, 9; 1, 11; 14. 33, 6, 3 pr. 33, 7, 2, 1; 3, 1; 12, 45; 20, 8. 33, 8, 17; 18. 33, 9, 1. 34, 1, 2, 1; 3; 4, 1; 5; 10 pr.; 13 pr.; 13, 1; 13, 2; 14, 2; 15 pr.; 15, 1; 15, 2; 16, 1; 17; 18, 1; 18, 2; 18, 5; 19; 20, 1; 20, 2; 22, 1; 23. 34, 2, 6 pr.; 6, 1; 9; 13; 17; 18 pr.; 18, 1; 34 pr.; 35 pr.; 35, 1; 38 pr. 34, 3, 6, 1; 28 pr.; 30. 34, 4, 28; 30 pr. 35, 1, 43, 2; 84; 112, 1. 35, 2, 11, 5; 35; 61; 82; 95, 1. 35, 3, 1, 3; 3, 8. 36, 1, 1, 17; 1, 18; 23, 3; 26 pr.; 26, 2; 26, 3; 29 pr.; 46, 1; 61, 1; 65, 12; 67, 4; 80, 6; 80, 12. 36, 2, 26, 2. 36, 3, 9. 37, 4, 3, 4; 13 pr.; 20 pr. 37, 5, 1, 1; 6; 8, 3. 40, 4, 40, 1. 40, 5, 6; 19, 1; 24, 19; 24, 20; 30, 17; 32, 2; 41, 11; 41, 14. 49, 14, 3 pr. 50, 16, 220 pr.

[3]) D. 10, 3, 25. 11, 5, 4, 1. 14, 3, 13. 2. 15, 1, 3, 7; 11, 5; 26;

Häufig ist auch die Verbindung von *praestare* mit Satisdation und Repromission.[1]) Ebenso findet es sich im Zusammenhang mit einer *actio in factum*[2]), ja selbst mit dinglichen Klagen[3]), überhaupt zur Bezeichnung aller erdenklichen Ansprüche.[4])

Wie dem Grunde, so ist auch dem Gegenstande nach der Gebrauch von *praestare* zur Bezeichnung der Leistung so mannigfaltig, daß eine technische Verwendung kaum feststellbar ist. Es wird gebraucht ebenso für die Haupt- wie für eine Eventual- oder Nebenleistung. Es bezeichnet

---

37, 1. 15, 3, 1, 2; 17, 1. 16, 2, 9 pr. 18, 4, 2, 12; 2, 13. 19, 2, 60, 7. 23, 3, 57. 30, 48 pr. 34, 3, 6 pr. 42, 8, 12.

4) D. 14, 3, 14. 14, 4, 7, 2; 12.

1) D. 3, 3, 39, 6; 42, 2. 5, 1, 19; 57; 58. 16, 1, 15, 4. 37, 6, 3, 1. 39, 2, 43 pr.; 43, 1. 40, 7, 40, 2. 45, 1, 134, 2. 46, 7, 20. 46, 8, 8, 2. Besonders beliebt: satisdationem praestare u. ä. unten S. 225 N. 3.

2) D. 4, 9, 6, 1. 11, 7, 7 pr. 30, 48 pr. 31, 63. 39, 2, 15, 36.

3) D. 5, 3, 20, 16; 20, 17; 20, 21; 25 pr.; 25, 4; 25, 9; 25, 11; 30; 33, 1; 40 pr.; 40, 1; 51 pr. 6, 1, 15, 1; 15, 2; 15, 3; 17, 1; 21. 7, 6, 5, 6. 8, 5, 7.

4) D. 4, 4, 7, 5; 11; 23; 39, 1. 4, 6, 28, 6. 4, 8, 27, 3. 5, 1, 50, 1. 5, 2, 8, 17; 9. 6, 1, 74. 7, 1, 27, 3; 46 pr.; 52. 8, 4, 13, 1. 8, 6, 14, 1. 10, 2, 39 pr.; 39, 5; 44, 2; 44, 3; 44, 8; 47 pr.; 52, 1. 10, 4, 9, 5. 11, 3, 14, 6. 11, 7, 17. 12, 2, 28, 2; 30, 2. 12, 4, 5, 2. 12, 6, 26, 12; 26, 13; 67 pr. 14, 1, 3. 14, 3, 5, 9. 15, 1, 9, 8; 19, 1; 31; 37, 2; 40, 1. 15, 3, 3, 4. 16, 1, 19, 3. 16, 3, 1, 9. 19, 2, 19, 10; 60, 8. 19, 5, 9; 24. 21, 1, 12, 1. 21, 2, 66, 2. 22, 1, 2; 32, 3. 23, 3, 29 i. f.; 84. 24, 1, 5, 5; 7, 5; 15 pr.; 21 pr.; 28, 2; 31, 1; 31, 10; 33, 1. 24, 3, 7, 9; 14 pr.; 25 pr.; 28; 30, 1; 31, 3; 44, 1; 62; 64, 1; 64, 2; 64, 3; 64, 5. 25, 1, 4; 13; 15. 25, 3, 5, 14; 5, 17. 25, 6, 1, 7. 26, 7, 9, 3; 13, 2; 32, 6; 47, 4; 47, 6; 50. 27, 2, 4. 27, 3, 1, 8; 1, 13; 1, 14; 15. 28, 5, 40; 79 pr. 28, 6, 46. 29, 1, 36, 2. 29, 2, 98. 29, 4, 4 pr.; 4, 1. 29, 7, 19. 32, 37 pr. 33, 1, 10, 1; 10, 3; 14; 16. 33, 2, 33 pr.; 33, 1. 33, 4, 5. 34, 1, 9, 1; 16, 1; 16, 3; 20 pr.; 22 pr. 35, 1, 57. 35, 2, 5; 94. 36, 1, 80, 15. 36, 4, 17. 37, 9, 1, 19; 4, 1; 5 pr. 38, 1, 7, 1; 7, 3. 38, 5, 12. 39, 2, 7 pr.; 9 pr.; 10; 22 pr.; 39 pr.; 39, 1; 40, 1. 39, 3, 11, 1; 11, 3. 39, 4, 9, 6. 39, 5, 8. 40, 5, 23, 4. 40, 7, 3, 2. 40, 12, 30. 41, 1, 7, 10; 20, 1; 63, 4. 42, 1, 51, 1; 59 pr. 42, 5, 9 pr.; 9, 1; 9, 2; 9, 6. 42, 6, 1, 1. 42, 7, 5. 42, 8, 17, 2; 23. 43, 4, 4, 2. 43, 5, 3, 15. 43, 24, 13, 7; 14; 18 pr. 43, 26, 8, 4. 43, 29, 4, 2. 44, 4, 4, 29; 15. 44, 6, 3. 44, 7, 61, 1. 45, 1, 5, 3; 85 pr. 46, 1, 73. 46, 3, 95, 9. 46, 7, 5, 6. 46, 8, 22 pr.; 22, 6. 47, 2, 15 pr.; 62, 3; 62, 9. 48, 22, 8. 49, 14, 40, 1. 50, 1, 2 pr.; 8. 50, 4, 16, 1. 50, 5, 1, 1. 50, 8, 2, 7; 7 pr. 50, 9, 4, 1. 50, 16, 214; 246, 1. 50. 17, 171.

jede beliebige Hauptleistung[1]), sowohl die von Sachen[2]) als auch die von Handlungen.[3]) Eventualleistungen aller Art wie eine *poena*[4]), die *aestimatio*[5]), das *pretium*[6]), das *damnum*[7]) oder das Interesse[8]), eine *satisdatio*[9]) u. a. m.[10])

---

[1]) D. 2, 14, 27, 6; 43; 52, 3; 58. 2, 15, 7, 2; 8, 25. 3, 3, 39, 6; 42, 2. 3, 5, 7, 1; 17; 18 pr.; 18, 4. 4, 2, 16, 1. 4, 4, 23. 4, 8, 27, 3. 4, 9, 6, 1. 5, 1, 41. 5, 3, 20, 21; 33, 1. 6, 1, 57; 58; 74. 6, 2, 14. 7, 1, 25 pr.; 34, 1; 36, 1; 36, 2. 7, 6, 1, 2; 1, 3. 7, 7, 1. 8, 4, 13, 1. 9, 3, 7. 10, 2, 25, 9. 12, 1, 31, 1. 13, 1, 8 pr. 13, 6, 13, 1; 17, 5. 16, 3, 3. 18, 1, 59. 18, 4, 21. 19, 1, 11, 2; 11, 18; 31 pr. 19, 2, 28, 2. 21, 2, 75. 24, 1, 50. 26, 7, 55, 1. 30, 47 pr.; 53, 9; 70, 1; 70, 3; 71, 1; 108 pr. 45, 1, 114. 47, 2, 52, 8.

[2]) Z. B. alimenta: D. 2, 15, 8, 5. 3, 5, 33. 5, 1, 50, 1. 10, 2, 41. (15, 3, 20 pr.). 22, 1, 3, 4. 23, 3, 73, 1. 24, 3, 22, 8. 25, 3, 5, 10; 5, 25; 6 pr.; 7. 26, 7, 12, 3. 26, 10, 3, 14. 27, 2. 27, 2, 2, 3; 3 pr. 27, 3, 1, 2; 1, 7. 28, 7, 9. 31, 77, 1. 33, 1, 16; 19 pr. 34, 1, 2, 1; 3; 10 pr.; 13, 1; 13, 2; 14, 2; 15 pr.; 18, 5; 20, 2; 22 pr. 35, 1, 84. 35, 2, 95, 1. 36, 1, 80, 12. 36, 2, 26, 2. 37, 10, 5, 3; 5, 5. 38, 1, 18. 42, 5, 39 pr.

[3]) Z. B. operas: D. 24, 1, 28, 2. 35, 1, 57?. 38, 1, 7, 1; 7, 3; 15 pr.; 16 pr.; 18; 22 pr.; 23 pr.; 31; 34; 35; 37; 38 pr.; 38, 1; 48, 2. 40, 9, 32. 45, 1, 73 pr. obsequium: 25, 3, 5, 20. 37, 5, 16. 37, 14, 19. 37, 15. 38, 2, 1, 1. probationem: D. 22, 3, 5, 1; 8; 25 pr. obligationem: 24, 3, 64, 4.

[4]) D. (2, 1, 9). 2, 10, 1, 4. 2, 15, 16. 3, 3, 46, 5. (4, 2, 16, 1). (9, 2, 11, 2). (9, 2, 32 pr.). (9, 4, 9). (17 pr.). 14, 2, 10, 1. 18, 7, 7. (26, 7, 55, 1). 42, 5, 9, 1. 43, 5, 3, 14. 43, 29, 4, 2. 47, 2, 75. 47, 7, 6, 1. 48, 5, 28, 1.

[5]) D. 5, 1, 15, 1. 7, 1, 36, 2. 9, 2, 51, 2. 10, 2, 25, 10. 12, 2, 30, 1. 13, 6, 5, 3. 19, 2, 54, 2. 21, 1, 58 pr. 21, 2, 22 pr. 23, 3, 10 pr.; 10, 6; 12, 1; 59, 1. 23, 4, 13. 23, 5, 7 pr. 24, 3, 64, 10. 25, 2, 22 pr. 26, 7, 55, 1. 30, 26, 2; 39, 1; 39, 10; 41, 4; 43 pr.; 44, 8; 47, 2; 47, 3; 71, 3; 71, 4; 82, 5; 31, 76 pr. 32, 11, 17; 21, 1. 34, 2, 6 pr.; 35 pr. 35, 2, 61. 36, 1, 26, 3. 37, 14, 23, 1. 38, 1, 23, 1. 40, 4, 40, 1. 43, 16, 1, 13. 44, 7, 34 pr. 45, 1, 103. 46, 3, 95, 9.

[6]) D. 5, 3, 20, 16; 20, 17; 20, 21; 33, 1. 6, 1, 15, 1; 15, 3; 17, 1. 11, 7, 7 pr. 12, 7, 2. 17, 1, 22, 4. 18, 4, 2, 3 i. f. 30, 53, 7; 8. 34, 2, 9; 35 pr. 36, 1, 26, 2. 39, 2, 48. 45, 1, 122, 1.

[7]) D. 9, 3, 4. 10, 3, 20 (detrimentum). 12, 4, 5 pr. i. f. (indemnitatem). 14, 2, 2 pr. 17, 1, 5, 4 (indemnitatem); 32. 17, 2, 67 pr. 19, 1, 13 pr. (detrimenta). 19, 2, 35, 1; 60, 7. 31, 63 (indemnitatem). 32, 26. 33, 6, 8. 39, 2, 22 pr. 39, 3, 4, 2; 6, 2; 14, 2. 47, 2, 62 pr.; 62, 3; 62, 5.

[8]) D. 2, 13, 8, 1. 4, 3, 17 pr. 5, 3, 40 pr. 13, 6, 3, 1. 16, 3, 1, 43. 17, 1, 22, 4; 26, 7; 36, 1. 18, 1, 45. 19, 1, 13 pr.; 13, 1. 19, 2, 15, 8; 19, 1. 21, 2, 8; 67. 36, 1, 80, 6. 39, 1, 21, 7. 39, 2, 5, 2. 42, 1, 51, 1. 46, 8, 8, 2.

Die verschiedensten Nebenleistungen, als *usurae*[1]), *fructus*[2]), *impensae*[3]), *accessiones*[4]) u. a. m.[5])

In manchen Fällen kann man zweifeln, ob *praestare* die Leistung selbst oder bloß das Haften für eine Leistung, für einen Erfolg bezeichnet.[6]) Zweifellos ist diese Bedeutung für die Verbindungen *culpam*[7]), *dolum*[8]), *custodiam*[9]),

---

[9]) D. 1, 7, 19 pr. 2, 8, 7, 1. 7, 5, 8. 7, 9, 1, 2 (cautionem). 8, 5, 7 (cautionem). 10, 2, 8 pr. (cautionem). 13, 5, 14, 2 (aliam personam . . fideiubentem). 13, 7, 6 pr. (cautelam). 16, 3, 1, 36. 18, 1, 72 pr. (cautionem). 19, 5, 19, 1 (fideiussorem). 20, 6, 1, 2 (cautionem). 21, 2, 41 pr. (promissorem). 30, 114, 12 (cautionem). 32, 41, 9 (cautionem). 33, 4, 7, 4 (cautionem). 36, 1, 67, 1 (cautionem). 36, 4, 4 (cautionem). 37, 3, 1 (cautionem). 37, 10, 3, 12 (cautionem). 43, 20, 7 (cautionem). 45, 1, 113, 1 (fideiussores).

[10]) D. 3, 3, 39, 6; 42, 2; 76. 3, 5, 2; 20, 3; 27. 4, 4, 7, 5; 11; 24, 3. 5, 2, 8, 17; 9. 6, 1, 27, 5. lucrum: D. 5, 3, 25 pr. sumptum: D. 5, 3, 25, 11. 32, 35, 3. 33, 1, 10, 3. 34, 3, 30. emolumentum: D. 17, 1, 10, 3. 22, 1, 17, 2. 34, 3, 30. commodum: D. 42, 8, 10, 22.

[1]) D. 2, 14, 7, 5. 3, 5, 18, 4; 30, 3; 36, 1; 37. 5, 3, 20, 16; 30; 51, 1. 6, 1, 62 pr. 12, 1, 40 i. f. 13, 7, 6, 1; 7. 15, 3, 10, 5. 16, 2, 11. 16, 3, 24 i. f.; 29, 1. 17, 1, 10, 3; 12, 10; 34 pr.; 60, 3. 17, 2, 60 pr. 18, 6, 20. 19, 1, 49, 1. 19, 2, 54. 22, 1, 1, 1; 1, 3; 6 pr.; 6, 1; 11 pr.; 12; 13 pr.; 13, 1; 15; 17 pr.; 17, 4; 17, 6; 18 pr.; 18, 1; 41, 1. 23, 3, 69, 2. 26, 7, 7, 3; 7, 5; 7, 6; 7, 7; 7, 10; 7, 13; 7, 14; 28, 1; 46, 3; 47, 4; 47, 6; 58, 1. 27, 4, 3, 2; 3, 3. 27, 7, 4, 2. 29, 2, 98. 31, 78, 2; 87, 1. 33, 1, 3, 6; 21 pr. 33, 2, 24 pr. (faenus). 34, 1, 15 pr. 34, 3, 28, 5. 34, 4, 30 pr. 35, 1, 92. 35, 2, 89, 1. 36, 1, 64, 1; 80, 12. 42, 1, 59, 2. 42, 8, 10, 22. 44, 4, 2, 6. 45, 1, 134, 2. 49, 14, 19. 50, 1, 24. 50, 8, 13.

[2]) D. 2, 15, 8, 25. 4, 2, 12 pr. 4, 6, 28, 6. 5, 3, 25, 4; 25, 9; 40, 1; 51 pr. 6, 1, 17, 1; 21. 17, 1, 10, 2. 18, 2, 4, 4. 18, 4, 21. 21, 1, 31, 6. 22, 1, 3 pr.; 8. 38, 7; 38, 10; 38, 15; 48. 32, 26. 33, 1, 21 pr. 36, 1, 29 pr. 43, 26, 8, 4.

[3]) D. 4, 4, 39, 1 (expensas). 11, 7, 15; 28; 29 pr. 18, 4, 2, 17. 23, 5, 18 pr. 24, 3, 7, 13. 39, 2, 44, 1. 39, 3, 4, 2. 42, 5, 9 pr.; 9, 2. 43, 24, 7, 1; 13, 7, 14. 46, 8, 22 pr.

[4]) D. 21, 1, 1, 1; 23, 1.

[5]) cetera: D. 12, 2, 13, 3. omnem causam: D. 6, 1, 17, 1. 22, 1, 2; 3, 1.

[6]) D. 19, 1, 11, 8. 21, 1, 4, 3; 14, 5. 21, 2, 68 pr. 24, 3, 25, 2. 41, 1, 54, 3a. 50, 16, 126; 169.

[7]) D. 2, 13, 8 pr. 3, 5, 10. 9, 3, 6, 2. 10, 1, 4, 2. 10, 2, 25, 16. 11, 6, 1, 1. 13, 6, 5, 2; 5, 3; 5, 13; 5, 15; 10, 1; 18 pr. 13, 7, 25; 30. 16, 3, 1, 6; 1, 10; 1, 35. 17, 2, 36; 52, 2; 65, 9. 18, 6, 18. 19, 1, 13, 6. 19, 2, 9, 3; 9, 5; 11 pr.; 60, 7. 19, 5, 5, 1 i. f.; 17, 1 i. f.; 17, 2; 20, 2.

diligentiam[1]), *negligentiam*[2]), *casum*[3]), *factum*[4]), *periculum*[5]), *vitium*[6]), *bonam fidem*[7]), *curam*[8]), *vim*[9]), *damnum*[10]), *moram*[11]) und *evictionem*[12]) *praestare* sowie für ähnliche umschreibende Wendungen.[13])

21, 1, 31, 14 (culpam abesse). 23, 3, 17 pr.; 46 pr.; 72, 1. 24, 3, 9; 18, 1; 66 pr.; 67. 27, 3, 1 pr. 27, 7, 8 pr. 30, 108, 12. 39, 2, 15, 30; 18, 8. 43, 26, 8, 3. 45, 2, 9, 1. 47, 2, 14, 11.

[8]) D. 2, 14, 27, 3. 3, 5, 3, 9; 10. 4, 9, 3, 1. 9, 2, 31. 10, 1, 4, 2, 10, 2, 25, 16. 13, 6, 5, 2; 5, 10; 5, 15; 10, 1; 17 pr. 13, 7, 25. 15, 1, 21, 1 (ex dolo). 16, 3, 1, 7; 1, 8; 1, 10; 1, 35. 17, 2, 52, 2; 65, 9. 18, 1 43, 2 (dolum abesse). 18, 4, 2, 5 i. f. (si quid dolo malo factum est). 18, 6, 2, 1; 18. 19, 1, 6, 4; 11, 16; 13, 6; 13, 7; 13, 16; 30, 1 (dolum abesse). 19, 2, 60, 7 (dolum malum et culpam abesse). 19, 5, 17, 1 i. f.; 17, 2; 21, 2; 74, 3. 23, 3, 17 pr.; 72, 1. 23, 4, 6. 24, 3, 9; 18, 1; 66 pr.; 67. 26, 7, 57 pr. (hoc per dolum vel culpam praetermisisse). 27, 3, 1 pr.; 6. 27, 7, 8 pr. 30, 108, 12. 43, 26, 8, 3. 47, 2, 14, 3. 50, 17, 23.

[9]) D. 7, 9, 2. 13, 6, 5, 5; 5, 6; 5, 9; 5, 14; 10, 1. 16, 3, 1, 35. 17, 2, 53, 2. 18, 1, 35, 4. 18, 6, 1, 1; 2, 1; 3; 4, 1. 19, 1, 36. 19, 2, 60, 9. 19, 5, 5, 4. 29, 5, 1 pr. 47, 2, 12 pr.; 14 pr.; 14, 1; 14, 10; 81, 2.

[1]) D. 10, 2, 25, 16. 13, 6, 5, 3; 5, 9; 5, 15; 18 pr. 14, 1, 7, 1. 16, 3, 32. 18, 1, 68 pr. 18, 6, 2, 1; 3; 12. 19, 1, 36. 23, 3, 17 pr. 27, 3, 1 pr. 27, 5, 4. 39, 2, 18, 9; 38 pr. 44, 7, 1, 4. 47, 2, 54, 3.

[2]) D. 26, 7, 7, 2.

[3]) D. 3, 5, 10. 13, 6, 18 pr. 19, 2, 9, 4. 27, 8, 1, 11 (futuros casus et fortunam). 50, 17, 23 (casus mortesque . . . fugas servorum rapinas, tumultus etc.).

[4]) D. 4, 9, 1, 8; 7 pr.; 7, 2. 6, 1, 16 pr. (fatum?). 14, 1, 1, 5. 17, 2, 21; 21, 1; 22; 25, 7; 31, 15; 43. 16, 1, 15. 47, 5, 1. 50, 17, 149.

[5]) D. 2, 14, 7, 15. 3, 5, 12. 6, 1, 62 pr. 13, 6, 5, 2; 5, 3; 5, 7. 18, 6, 4 pr. 19, 2, 9, 3; 25, 7; 40. 19, 5, 17, 2; 17, 4. 21, 2, 64, 1. 23, 2, 60, 8. 23, 3, 46 pr. 26, 7, 39 pr.; 39, 1; 39, 6; 39, 9. 36, 1, 60, 6, 50, 8, 5 pr.

[6]) D. 21, 1, 4, 3.

[7]) D. 3, 5, 17. 17, 1, 10 pr.; 59, 1. 17, 2, 35. 18, 1, 68 pr. 26, 7, 58, 1 (quod bona fide percepisset). 27, 5, 4 (eandem fidem et diligentiam).

[8]) D. 16, 3, 32.

[9]) D. 19, 2, 9, 2 (siquid vi maiori accidisset); 15, 2; (30, 4).

[10]) D. 4, 9, 7 pr. 9, 2, 52, 3. 17, 2, 52, 3.

[11]) D. 6, 1, 15, 3.

[12]) D. 13, 7, 8, 1. 18, 1, 60 pr. und 66 pr. (ne fundus evincatur). 19, 1, 10; 11, 18 (ne alius evincat). 19, 2, 9 pr. und 1 (frui licere); 33 (frui licere); 51, 1 (de bonitate). 21, 2, 8 (licere habere); 39, 2; 45 und 53 pr. (pro bonitate); 64, 3.

[13]) D. 5, 3, 40 pr. (mortalitatem). 7, 1, 35 pr. (ut tardius ad lega-

Dasselbe Bild, nur noch in einfacheren und kräftigeren Konturen, zeigt das spätere Kaiserrecht, wie es der *Codex Iustinianus* überliefert.

Praestare findet sich hier[1]) — man kann fast[2]) sagen ausschließlich — wiederum in dreifacher Verwendung. Erstlich im Sinne von gewähren neben zahlreichen anderen[3])

---

tum perveniretur). 9, 2, 27, 9 (si neglegens fuit). 10, 3, 10 pr. (si quid . . . admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur). 13, 7, 14 (quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet). 17, 2, 23, 1 (si servus . . . neglegenter versatus sit). 18, 1, 43 pr. (si dixerit hominem litteratum vel artificem). 18, 1, 78, 3 (si quid vi aut tempestate factum esset). 18, 4, 4 (locupletem esse debitorem). 18, 4, 13 (heredem se esse). 18, 6, 4, 1 (neque acorem neque mucorem). 18, 6, 5 (si per emptorem steterit, quominus . . .). 19, 1, 11, 7 (fugitivum non esse). 19, 1, 11, 13 (ut in lite de possessione potior sit). 19, 1, 38 pr. (talem servum esse, ut . . .). 19, 2, 51, 1 (si id opus vitiosum factum est). 19, 2, 60 pr. ut . . . habitare . . . locare . . . possit). 19, 4, 2 (non esse fugitivum servum). 21, 1, 1, 1 (quod dictum promissumve fuerit); 1, 2 (ea quae aediles praestari scribent); 19 pr. (quaedam et si dixerit praestare eum non debere); 19, 1 (si dixerit aleatorem non esse . . .); 19, 3 (quaecumque sic dicuntur, ut praestentur); 19, 4 (si quis artificem — dixerit); 23 pr. (si deterius mancipium . . . factum est); 25 pr. (si in aliquo deterior factus sit servus); 25, 8 (omnia, quae exprimuntur edicto aedilium); 29, 1 (ut pecuniae . . : liberetur); 33 pr. (mancipia . . . sana esse). 21, 2, 3 (furtis nocisque solutum esse); 5 (in peculio eum esse); 30 (furtis nocisque solutum esse); 31 (furem non esse). 25, 1, 1, 3 (ex stipulatione damni infecti ne committatur). 26, 7, 55, 4 (solvendo esse). 30, 56 (fugitivum eum non esse). 34, 34 (nihil amplius . . . quam ut eum . . . defendat). 35, 1, 111 (debitores . . . fuisse idoneos). 46, 8, 22, 4 (ne iniuria iudicis dominus aliquid consequatur). 50, 16, 126 (ius fund deterius factum non esse).

[1]) Nach dem handschriftlich fertiggestellten Index zum Codex Iustinianus.

[2]) Eine „unjuristische" Verwendung von praestare zeigen bloß C. 6, 7, 2, 1: dignum se praestiterit und C. 11, 59, 7 pr.: fundum — fertilem idoneumque praestiterit.

[3]) Summa rei publ. 1: beneficium. C. 1, 2, 12 pr.: privilegia. 1, 2, 14, 9: possessionem. 1, 3, 22, 1: privilegia. 1, 3, 32, 1 i. f.: copiam. 1, 3, 34: privilegia. 1, 4, 15: patrocinium. 1, 5, 7: beneficium. 1, 12, 6 pr.: praesentanea constituta. 1, 17, 2 pr. i. f.: possibilitatem. 1, 17, 2, 12: deitas nobis praestitit . . . bella . . . gerere . . . 1, 19, 4: dilationem. 1, 27, 1, 10: Africa, quam deus nobis praestitit. 1, 27, 2, 9 b: emolumenta. 1, 31, 5, 2: eos . . . praestari ibi deponendos. 1, 33, 3: tuitionem. 1, 51, 14, 4: advocationem. 2, 3, 29 pr.: licentiam. 2, 6, 2 und 2, 6, 8: patro-

diligentiam[1]), *negligentiam*[2]), *casum*[3]), *factum*[4]), *periculum*[5]), *vitium*[6]), *bonam fidem*[7]), *curam*[8]), *vim*[9]), *damnum*[10]), *moram*[11]) und *evictionem*[12]) *praestare* sowie für ähnliche umschreibende Wendungen.[13])

21, 1, 31, 14 (culpam abesse). 23, 3, 17 pr.; 46 pr.; 72, 1. 24, 3, 9; 18, 1; 66 pr.; 67. 27, 3, 1 pr. 27, 7, 8 pr. 30, 108, 12. 39, 2, 15, 30; 18, 8. 43, 26, 8, 3. 45, 2, 9, 1. 47, 2, 14, 11.

[8]) D. 2, 14, 27, 3. 3, 5, 3, 9; 10. 4, 9, 3, 1. 9, 2, 31. 10, 1, 4, 2, 10, 2, 25, 16. 13, 6, 5, 2; 5, 10; 5, 15; 10, 1; 17 pr. 13, 7, 25. 15, 1,. 21, 1 (ex dolo). 16, 3, 1, 7; 1, 8; 1, 10; 1, 35. 17, 2, 52, 2; 65, 9. 18, 1 43, 2 (dolum abesse). 18, 4, 2, 5 i. f. (si quid dolo malo factum est). 18, 6, 2, 1; 18. 19, 1, 6, 4; 11, 16; 13, 6; 13, 7; 13, 16; 30, 1 (dolum abesse). 19, 2, 60, 7 (dolum malum et culpam abesse). 19, 5, 17, 1 i. f.; 17, 2; 21, 2; 74, 3. 23, 3, 17 pr.; 72, 1. 23, 4, 6. 24, 3, 9; 18, 1; 66 pr.; 67. 26, 7, 57 pr. (hoc per dolum vel culpam praetermisisse). 27, 3, 1 pr.; 6. 27, 7, 8 pr. 30, 108, 12. 43, 26, 8, 3. 47, 2, 14, 3. 50, 17, 23.

[9]) D. 7, 9, 2. 13, 6, 5, 5; 5, 6; 5, 9; 5, 14; 10, 1. 16, 3, 1, 35. 17, 2, 53, 2. 18, 1, 35, 4. 18, 6, 1, 1; 2, 1; 3; 4, 1. 19, 1, 36. 19, 2, 60, 9. 19, 5, 5, 4. 29, 5, 1 pr. 47, 2, 12 pr.; 14 pr.; 14, 1; 14, 10; 81, 2.

[1]) D. 10, 2, 25, 16. 13, 6, 5, 3; 5, 9; 5, 15; 18 pr. 14, 1, 7, 1. 16, 3, 32. 18, 1, 68 pr. 18, 6, 2, 1; 3; 12. 19, 1, 36. 23, 3, 17 pr. 27, 3, 1 pr. 27, 5, 4. 39, 2, 18, 9; 38 pr. 44, 7, 1, 4. 47, 2, 54, 3.

[2]) D. 26, 7, 7, 2.

[3]) D. 3, 5, 10. 13, 6, 18 pr. 19, 2, 9, 4. 27, 8, 1, 11 (futuros casus et fortunam). 50, 17, 23 (casus mortesque . . . fugas servorum rapinas, tumultus etc.).

[4]) D. 4, 9, 1, 8; 7 pr.; 7, 2. 6, 1, 16 pr. (fatum ?). 14, 1, 1, 5. 17, 2, 21; 21, 1; 22; 25, 7; 31, 15; 43. 16, 1, 15. 47, 5, 1. 50, 17, 149.

[5]) D. 2, 14, 7, 15. 3, 5, 12. 6, 1, 62 pr. 13, 6, 5, 2; 5, 3; 5, 7. 18, 6, 4 pr. 19, 2, 9, 3; 25, 7; 40. 19, 5, 17, 2; 17, 4. 21, 2, 64, 1. 23, 2, 60, 8. 23, 3, 46 pr. 26, 7, 39 pr.; 39, 1; 39, 6; 39, 9. 36, 1, 60, 6, 50, 8, 5 pr.

[6]) D. 21, 1, 4, 3.

[7]) D. 3, 5, 17. 17, 1, 10 pr.; 59, 1. 17, 2, 35. 18, 1, 68 pr. 26, 7, 58, 1 (quod bona fide percepisset). 27, 5, 4 (eandem fidem et diligentiam).

[8]) D. 16, 3, 32.

[9]) D. 19, 2, 9, 2 (siquid vi maiori accidisset); 15, 2; (30, 4).

[10]) D. 4, 9, 7 pr. 9, 2, 52, 3. 17, 2, 52, 3.

[11]) D. 6, 1, 15, 3.

[12]) D. 13, 7, 8, 1. 18, 1, 60 pr. und 66 pr. (ne fundus evincatur). 19, 1, 10; 11, 18 (ne alius evincat). 19, 2, 9 pr. und 1 (frui licere); 33 (frui licere); 51, 1 (de bonitate). 21, 2, 8 (licere habere); 39, 2; 45 und 53 pr. (pro bonitate); 64, 3.

[13]) D. 5, 3, 40 pr. (mortalitatem). 7, 1, 35 pr. (ut tardius ad lega-

Dasselbe Bild, nur noch in einfacheren und kräftigeren Konturen, zeigt das spätere Kaiserrecht, wie es der *Codex Iustinianus* überliefert.

Praestare findet sich hier[1]) — man kann fast[2]) sagen ausschließlich — wiederum in dreifacher Verwendung. Erstlich im Sinne von gewähren neben zahlreichen anderen[3])

---

tum perveniretur). 9, 2, 27, 9 (si neglegens fuit). 10, 3, 10 pr. (si quid . . . admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur). 13, 7, 14 (quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet). 17, 2, 23, 1 (si servus . . . neglegenter versatus sit). 18, 1, 43 pr. (si dixerit hominem litteratum vel artificem). 18, 1, 78, 3 (si quid vi aut tempestate factum esset). 18, 4, 4 (locupletem esse debitorem). 18, 4, 13 (heredem se esse). 18, 6, 4, 1 (neque acorem neque mucorem). 18, 6, 5 (si per emptorem steterit, quominus . . .). 19, 1, 11, 7 (fugitivum non esse). 19, 1, 11, 13 (ut in lite de possessione potior sit). 19, 1, 38 pr. (talem servum esse, ut . . .). 19, 2, 51, 1 (si id opus vitiosum factum est). 19, 2, 60 pr. ut . . . habitare . . . locare . . . possit). 19, 4, 2 (non esse fugitivum servum). 21, 1, 1, 1 (quod dictum promissumve fuerit); 1, 2 (ea quae aediles praestari scribent); 19 pr. (quaedam et si dixerit praestare eum non debere); 19, 1 (si dixerit aleatorem non esse . . .); 19, 3 (quaecumque sic dicuntur, ut praestentur); 19, 4 (si quis artificem — dixerit); 23 pr. (si deterius mancipium . . . factum est); 25 pr. (si in aliquo deterior factus sit servus); 25, 8 (omnia, quae exprimuntur edicto aedilium); 29, 1 (ut pecuniae . . : liberetur); 33 pr. (mancipia . . . sana esse). 21, 2, 3 (furtis nocisque solutum esse); 5 (in peculio eum esse); 30 (furtis nocisque solutum esse); 31 (furem non esse). 25, 1, 1, 3 (ex stipulatione damni infecti ne committatur). 26, 7, 55, 4 (solvendo esse). 30, 56 (fugitivum eum non esse). 34, 34 (nihil amplius . . . quam ut eum . . . defendat). 35, 1, 111 (debitores . . . fuisse idoneos). 46, 8, 22, 4 (ne iniuria iudicis dominus aliquid consequatur). 50, 16, 126 (ius fund deterius factum non esse).

[1]) Nach dem handschriftlich fertiggestellten Index zum Codex Iustinianus.

[2]) Eine „unjuristische“ Verwendung von praestare zeigen bloß C. 6, 7, 2, 1: dignum se praestiterit und C. 11, 59, 7 pr.: fundum — fertilem idoneumque praestiterit.

[3]) Summa rei publ. 1: beneficium. C. 1, 2, 12 pr.: privilegia. 1, 2, 14, 9: possessionem. 1, 3, 22, 1: privilegia. 1, 3, 32, 1 i. f.: copiam. 1, 3, 34: privilegia. 1, 4, 15: patrocinium. 1, 5, 7: beneficium. 1, 12, 6 pr.: praesentanea constituta. 1, 17, 2 pr. i. f.: possibilitatem. 1, 17, 2, 12: deitas nobis praestitit . . . bella . . . gerere . . . 1, 19, 4: dilationem. 1, 27, 1, 10: Africa, quam deus nobis praestitit. 1, 27, 2, 9 b: emolumenta. 1, 31, 5, 2: eos . . . praestari ibi deponendos. 1, 33, 3: tuitionem. 1, 51, 14, 4: advocationem. 2, 3, 29 pr.: licentiam. 2, 6, 2 und 2, 6, 8: patro-

namentlich in den Verbindungen *actionem*[1]), *auctoritatem*[2]), *causam*[3]), *fidem*[4]), *liberationem*[5]), *liberatem*[6]) *praestare*. Sodann in der allgemeinen Bedeutung von Leisten überhaupt[7]),

---

cinium. 2, 7, 5: quidquid . . . id. 2, 7, 25, 1: sacras epistolas. 2, 17 und 2, 17, 3: procurationem. 3, 1, 13, 5: sententiam. 3, 1, 14, 4: auxilium. 3, 2, 3 pr.: licentiam. 3, 28, 30, 3: beneficia. 4, 1, 11, 1: licentiam. 4, 5, 10, 1: electionem. 4, 19, 21, 1: adminiculum. 4, 51, 2 und 4, 52, 1: securitatem. 4, 57, 4: moram. 5, 9, 10, 3: beneficium. 5, 13: de natura dotibus praestita. 5, 13, 1, 1a: fortitudinem. 5, 54, 1: lucrum. 6, 8, 1: natales antiquos et ius ingenuitatis. 6, 8, 2: statum ingenuitatis. 6, 21, 7, 1: vindicationem habere praerogativa . . . praestat. 6, 23, 19, 4: omnibus . . . praestandum esse, ut . . . 6, 27, 4, 2: licentiam. 6, 58, 12, 1: omne ius. 6, 61, 8, 6: licentiam. 7, 1, 2: civitatem Romanam. 7, 17, 1, 3: occasionem. 7, 22, 2: defensionem. 7, 32, 7: titulum possidendi. 7, 39, 8, 1: auxilium. 7, 51, 6: privilegia. 7, 54, 3, 3: laxamentum. 7, 71, 8, 6: vim. 8, 13, 27, 1: beneficium. 8, 17, 12, 1: praerogativam. 8, 40, 27, 2: privilegia. 8, 52, 3: quod . . . praestitum fuisse agnoscitur. 9 1, 7: carta tempora. 9, 9, 4 pr.: idem. 9, 9, 28: immunes ab iudiciaria severitate. 10, 3 und 13: excusationem. 10, 32, 19: vacationem; immunitatem. 10, 32, 56, 1: dignitatem. 10, 48, 3: beneficium. 10, 51, 4: excusationem. 11, 58, 5, 1: gratiam. 11, 66, 5 pr.: fructus. 12, 23, 14, 1: privilegia. 12, 25, 4, 3: pragmaticam sanctionem. 12, 35, 18, 8: dispositiones. 12, 40, 9 pr.: metata. 12, 50, 23 pr.: evectionem. 12, 59, 9 pr. und 12, 59, 10 pr.: probatorias authenticas.

[1]) C. 2, 55, 1. 6, 2, 22, 4a. 7, 51, 3. 9, 51, 5.

[2]) C. 5, 59. 5, 59, 5 pr.; 5, 2.

[3]) C. 3, 28, 20; 22. 5, 37, 16. 7, 33, 5.

[4]) C. 2, 3, 9. 2, 4, 6, 1.

[5]) C. 2, 3, 22. 2, 21, 7. 6, 42, 17. 8, 35, 7. 8, 43, 2.

[6]) C. 2, 30, 3 pr. 3, 28, 13. 4, 49, 11. 4, 57, 1; 3 pr.; 4; 6. 5, 12, 3. 6, 3, 10. 6, 7, 1. 6, 21, 4, 2. 6, 39, 2, 2. 6, 57, 6 pr. 7, 2, 2; 8. 7, 16, 16; 20; 25. 10, 39, 2. 11, 62, 12, 1. 11, 63, 2.

[7]) C. 1, 2, 12, 2: salaria. 1, 3, 25, 3: sumptus vel expensas. 1, 3, 54, 4: res. 1, 4, 16: arrhas. 1, 4, 28: dotem; donationem. 1, 5, 19, 3: omnia. 1, 47: lavacra. 1, 48, 2: honorificentiam. 2, 3, 28: indebitum solutum. 2, 7, 26, 4: aureos. 2, 18, 11: alimenta. 2, 18, 24, 2: expensas. 2, 47, 1, 2: quidquid ad eum ex hereditate pervenit. 3, 1, 13, 9: honorarium. 3, 21, 2: ratiocinium. 3, 29, 2: quartam. 3, 32, 22: fructus. 3, 33, 7: sarta tecta. 3, 34, 2: sumptus. 3, 41, 3: poenas. 4, 1, 12, 4c: expensas. 4, 5, 10, 1: quod velit. 4, 26, 13, 2: pecuniam. 4, 32, 11: accessionem. 4, 35, 22, 2: pecunias. 4, 37, 2: id. 4, 57, 6: centum. 4, 64, 1: id. 4, 64, 8: quod placuerat. 4, 65, 15: poenam. 4, 66, 2 pr.: pensionem; apochas. 4, 66, 3, 2: tantam quantitatem. 5, 1, 5, 2 und 5, 1, 5, 5: arrhas. 5, 3, 3: pollicitationem. 5, 3, 20, 5: dotem. 5, 4, 25, 3: dotem; dona-

besonders häufig in den Wendungen *probationem*[1]), *sacramentum*[2]), *satisdationem*[3]), *usuras*[4]) *praestare*. In dieser

tionem. 5, 9, 1 pr.: luctus religionem. 5, 11, 1: dotem. 5, 11, 6: exactionem. 5, 12, 31, 5: quaestum. 5, 13, 1, 1b: dotem. 5, 13, 1, 7b: fructus. 5, 25, 2; 39, 4: alimenta. 5, 37, 9: quod moderatum est honestae personae. 6, 3, 1; 1, 2: operas. 6, 3, 1, 7: operas; obsequium. 6, 3, 9: operas. 6, 3, 10: diurnum. 6, 6: obsequium. 6, 6, 2: officium. 6, 6, 5: obsequium. 6, 7, 3: reverentiam. 6, 12, 1: legata. 6, 20, 2: dotem. 6, 39, 1: legata et fideicommissa. 6, 39, 2, 2: legata. 6, 42, 1: alimenta. 6, 42, 2: praedia. 6, 42, 24: instrumenta. 6, 42, 27 und 6, 42, 31, 1: fideicommissa. 6, 51, 1, 11c: aestimationem. 6, 56, 4 pr.: luctus religionem. 6, 61, 2: quod . . . donationis causa. 7, 16, 23: obsequium. 7, 16, 26: instrumentum. 7, 16, 30: obsequium. 7, 39, 2 pr.: mercedem. 7, 57, 4: obsequium. 7, 72, 10, 2: pecuniam. 8, 4, 4: causam omnem. 8, 13, 6: obsequium. 8, 17, 12, 5: obsequia. 8, 36, 3 pr.: aestimationem. 8, 37, 5 pr.: quae promiserat. 8, 37, 8: servum. 8, 42, 20: operas. 8, 44, 12: quod. 8, 44, 24, 1: quae ex emptione veniunt. 8, 53, 34, 4: quantitatem. 8, 53, 35, 3: aestimationem. 8, 53, 35, 4: tantum quantum donavit. 8, 53, 36, 1: donationes. 10, 16, 2: aes alienum. 10, 35, 2, 3: pretium. 11, 48, 23, 2: reditus. 11, 55, 1: annonam. 11, 56, 1: si quid praestitum est. 11, 70, 1: pensionem. 12, 3, 2, 3: centena. 12, 21, 8 pr. i. f.: tertiam partem. 12, 21, 8, 7: solidum. 12, 21, 8, 8: sumptus. 12, 25, 4, 2: aureum; solidos. 12, 25, 4, 4: solidum. 12, 37, 8: ferrum. 12, 50, 19, 1: animalia. 12, 59, 1: ratiocinium.

[1]) C. 2, 1, 4. 2, 58, 1 pr. 3, 21, 2 (instructionem; testimonia; documenta). 3, 28, 28 pr. 4, 1, 11, 1. 4, 19, 1. 4, 20, 19, 3 (testimonium). 9, 9, 35, 3.

[2]) C. 1, 4, 27, 3. 2, 27, 1 (iusiurandum). 2, 42, 3, 4. 2, 55, 4, 1 (sacr.; iuramentum). 2, 55, 4, 3; 4, 5 (iuramentum). 2, 58, 1 pr. (iuramentum). 2, 58, 2 pr. (sacr.; iusiurandum). 2, 58, 2, 3a (iuramentum). 2, 58, 2, 9. 2, 58, 2, 10 (iusiurandum). 3, 1, 14 pr. 3, 1, 14, 4; 14, 5 (iuramentum). 4, 1, 1; 11; 12 pr. (iusiurandum). 4, 1, 12, 1a; 12, 2. 4, 1, 12, 3; 12, 4b (iuramentum). 4, 1, 12, 5 (sacr.; iuramentum). 4, 21, 20, 3 (iuramentum). 5, 70, 7, 6b. 6, 56, 6. 7, 45, 11 (iusiurandum). 7, 72, 10, 3 (iusiurandum). 8, 14, 6. 8, 33, 3, 5a (sacramenti religionem). 8, 53, 36 pr.

[3]) C. 2, 12, 12 pr. 2, 56, 1, 2; 1, 3. 2, 58, 2, 5 (fideiussionem). 2, 58, 2, 10 (cautelas). 4, 20, 19 pr. (fideiussionem). 4, 34, 11, 3 (cautelam). 5, 9, 6, 6 (fideiussiones). 5, 12, 28 pr. (fideiussorem). 5, 70, 7, 4 (cautelam). 5, 70, 7, 11 (cautionem vel satisdationem). 6, 42, 24 (cautionem). 7, 2, 15, 4a. 8, 3, 1, 1. 11, 59, 6, 1 (fideiussores). 12, 25, 4, 1 (fideiussorem).

[4]) C. 2, 18, 18. 4, 2, 6, 1 (fenus). 4, 5, 1, 1. 4, 34, 4. 4, 54, 5. 5, 9, 6, 6 (usurarum nomine centesimae partem tertiam). 5. 12, 31, 5. 5, 13, 1, 7b. 5, 56, 2. 5, 71, 16, 1. 8, 13, 22. 10, 8, 2.

Bedeutung ebenso von Verpflichtungen *stricti iuris*[1]), wie von solchen *bonae fidei*[2]) oder deliktischer Natur[3]) oder auch irgendwelcher anderen Art.[4]) Endlich im Sinne von Haften für *culpa*, *dolus*, *casus*, *periculum* u. ä.[5])

Überblickt man daher schließlich die reiche und scheinbar mannigfaltige, in der Tat aber auf wenige, im großen und ganzen auf drei Kategorien zurückführbare Verwendung von *praestare*, so bestätigt sich vor allem nicht bloß die längst erkannte Wahrheit, daß *dare facere praestare* den möglichen Obligationsinhalt erschöpfen, sondern auch die allzu unbeachtet gebliebene Wahrnehmung[6]), daß diese Dreiheit[7]) vom Besonderen zum Allgemeinen aufsteigt, insofern das *facere* auch das *dare* und *praestare* beides in sich begreift, nicht bloß gewisse Leistungen bezeichnet.

Allerdings würde aber die Feststellung dieses rein negativen Resultates, daß *praestare* in der historischen Rechtssprache keine spezifische Leistung bezeichnete, kaum der Mühe lohnen[8]), ließe sich nicht zugleich ein Bedeutungs-

[1]) C. 2, 3, 28 (indebitum; stipulatio). 4, 5, 10, 1 (indebitum). 4, 26, 13, 2 (mutuum). 5, 3, 3 (stipulatio). 5, 12, 31, 5 (promissio dotis). 6, 3, 1; 2; 7 pr.; 9 (operae libertorum). 6, 12, 1 (legatum). 6, 39, 1 (legata). 8, 37, 8 (stipulatio).

[2]) C. 2, 18, 24, 2 (negotiorum gestio). 4, 37, 2 (societas). 4, 49, 10 (emptio). 4, 65, 15 (locatio). 5, 13, 1, 1b; 1, 7b (actio rei uxoriae). 7, 72, 10, 2 (emptio). 8, 44, 12; 24, 1 (emptio).

[3]) C. 3, 41, 3 (actio notalis). 8, 4, 4 (lex Iulia vis privatae).

[4]) C. 1, 5, 19, 3 (Alimentationspflicht ex lege). 3, 37, 3 (ususfructus). 4, 66, 2 pr.; 3, 2 (ius emphyteuticum). 11, 48, 23, 7 (Kolonat).

[5]) C. 2, 8, 17 (dolum; culpam). 2, 18, 20, 1 (dolum; culpam). 2, 18, 22 (casum). 2, 23, 1 (periculum evictionis). 2, 47, 1, 3 (si quid dolo factum est, hoc). 3, 36, 19 (indemnitatem). 4, 24, 6 (quae fortuitis casibus accidunt). 4, 39, 6 (quod tua interest). 4, 58, 1 (damnum). 4, 65, 1 (periculum vis maioris). 5, 14, 11, 4 (dolum et diligentiam). 5, 37, 11 (indemnitatem). 5, 37, 21 (periculum rei amissae). 7, 45, 5 und 7, 46, 2 (indemnitatem). 8, 13, 19 (vim maiorem). 8, 44, 1 (evictionem). 8, 45, 1, 1 (potiorem se esse). 9, 51, 13, 2b (omnia minoris dispendia suis damnis). 11, 53, 1, 2 (compendia damnaque).

[6]) Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß 2, 1865, S. 261 N. 5.

[7]) Gaius 4, 2. D. 44, 7, 3 pr. Vgl. auch D. 19, 1, 13, 6. 38, 1, 37 pr. (40, 7, 9, 2. 46, 6, 11).

[8]) Perozzi, Istituzioni 2, 1908, p. 85 n. 2. . . . . senso di *praesatre* è discusso; non vale la pena di trattare la questione; tanto è in fondo pocco importante.

wandel des *praestare* feststellen, an den noch das *culpam praestare* und verwandte Wendungen erinnern, und der lehrreiche Ausblicke auf die Entwicklung der römischen Obligation, auf die Scheidung von Schuld und Haftung als deren Wurzel gestattet.

XII.

Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte.

Von

Herrn Professor Dr. **J. Partsch**

in Bonn.

Die moderne Rechtswissenschaft hat dem byzantinischen Gesetzbuche und der mittelalterlichen Rechtslehre[1]) den Satz nachgesprochen, daß das simulierte Geschäft nichtig sei. Die modernen Gesetzbücher wie BGB. § 117 enthalten danach eine gesetzliche Regel von der Nichtigkeit der Willenserklärung, die einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis nur zum Scheine abgegeben wird. Auch die moderne französische und die italienische Rechtswissenschaft kennen diese Regel.[2]) Allerdings ist sie dort dadurch, daß die action en simulation nur Anfechtungswirkung

---

[1]) Für das 15. Jahrhundert ist die maßgebliche Darstellung, welche die gesamte Rechtslehre des Mittelalters zusammenfaßt, der Traktat des Bartolomeus Cepola, De simulationibus (Savigny, Gesch. des römischen Rechtes im Mittelalter 6 [2. Aufl.] S. 320ff., den ich in der Ausgabe Lyon 1511 benutze).

[2]) Für das französische Recht Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français II, S. 61f. 329; Paul Glasson, La simulation, Thèse. Paris 1897 — für die französische und italienische Literatur die italienische Ausgabe von Crome-Barassi, Manuale di diritto francese. I § 128 Note 1. — F. Ferrara, Della simulazione nei negozii giuridici (2. Auflage), Mailand ist mir nicht zugänglich, ebenso die Artikel desselben Verfassers über La simulazione assoluta, Riv. di dir. commerc. 1908.

hat, daß die Einrede der Simulation gegenüber einem nichtsahnenden Dritten nicht wirkt und dadurch, daß nur die Parteien, ihre Erben und Dritte, welche an der Behauptung, daß das Geschäft zum Scheine vorgenommen sei, ein privatrechtliches Interesse haben, die Simulation geltend machen können[1]), in ihrer Geltung stark eingeschränkt, und man kann nicht sagen, daß hier den praktischen Konsequenzen nach der Satz noch voll gelte, daß jedes Scheingeschäft nichtig ist. Die Lehre vom Scheingeschäft gehört zu dem traditionellen Bestande der Dogmatik der Willenserklärung. Der wahre Wille müsse dem Erklärungsinhalte entsprechen. Richtet er sich auf ein anderes Geschäft als die äußerlich hervorgetretene Erklärung, so liegt ein Scheingeschäft vor, wenn beide Parteien sich einig sind, daß der Erklärungsinhalt ihren wahren Willen nicht wiedergibt. Heute lehrt man, daß die Simulation aus den verschiedensten Motiven stattfinden könne und daß sie nicht notwendigerweise mit einem Simulationsdolus verbunden sein müsse. Die Frage, ob Scheingeschäft oder nicht, betreffe nur die Wirklichkeit des erklärten Willens. Die Parteien könnten die Simulationsabrede aus den lautersten Motiven eingehen, vielleicht um die Empfindlichkeit eines Zuwendungsempfängers zu scho-

---

[1]) Bezeichnend ist das Urteil des Kassationshofes über die Frage, ob die zum Schein geschehene Übereignung an eine Person, welche durch Übereignung eines Grundstückes in einer Gemeinde Kommunalwahlrecht erwerben will, von Dritten, welche nicht privatrechtliche Interessenten sind, als nichtig angegriffen werden kann, Cours de cass. 11 mai 1910 S. 1912 1. 97 — Ch. de requ. le 14 mars 1911 S. 1912 1. 99 (Revue trimestrielle de droit civil 1910 434 p. 1912 p. 506.): les personnes qui n'avaient pas été parties à un contrat de vente, qui ne prétendaient sur un immeuble aucun droit réel, qui ne se présenteraient ni comme créanciers ni comme ayants-cause d'une parties contractantes étaient sans qualité de demander l'annulation d'une vente que les acquéreurs n'avaient passée que pour se faire inscrire sur les listes d'électeur d'une commune. Die früher feststehende Regel, daß die Simulation gegen den gutgläubigen Dritten nicht wirkt, ist durch eine jüngere Praxis eingeschränkt worden. Nach dieser tritt infolge der Anfechtung des Geschäftes wegen Simulation eine Nichtigkeit des Geschäftes ein, so daß der Hypothekar, welcher vom Scheineigentümer sein Recht erwarb, nach der Anfechtung wegen Simulation des Eigentumserwerbs nicht geschützt ist, Rev. trimestrielle de dr. civ. 4 (1905), p. 901.

nen, der sich in Wahrheit gerne schenken läßt, wenn nur der Anschein des entgeltlichen Geschäfts gewahrt wird. Gefordert wird dabei nur von den entschiedensten Willenstheoretikern, daß die Parteien wirklich bezüglich der erklärten Form den Simulationswillen haben, während die moderne Rechtsprechung [1]) wie schon die des späten Mittelalters und des sechzehnten Jahrhunderts [2]) an diese Folgerung nicht zu denken pflegt, wenn sie das Vorliegen eines Scheingeschäftes feststellt. Daß die gewählte Erklärungsform der wirtschaftlichen Ansicht der Parteien oder dem von den Parteien verfolgten Zwecke nicht entspricht und daß eine andere Erklärung angemessen wäre, genügt zur Feststellung des Scheingeschäftes. In den meisten Fällen wird die Scheinerklärung abgegeben, um Dritte zu täuschen. Der Bestellzettel wird zum Scheine ausgefüllt, damit der Reisebuchhändler, der ihn sich ausstellen läßt, im Bekanntenkreise des Ausstellers Bestellungen erhält. Oder die Scheinerklärung wird gewählt, um einen Richter oder eine Behörde zu täuschen, zum Beispiel es zu erschweren, Folgerungen des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechtes an das verdeckte Geschäft zu knüpfen, etwa das Geschäft mit einer Abgabe zu belasten.

In der Rechtsvergleichung der modernen Rechte fällt es auf, daß die Nichtigkeit wegen Simulation der englischen Privatrechtswissenschaft bis in das zwanzigste Jahrhundert hinein unbekannt zu sein scheint. Vergebens sucht man die entsprechende Darstellung in der Lehre von der Ernstlichkeit der Willenserklärung im alten Traktat von Smith [3]), The Law of Contracts wie in dem für die modernste Praxis

---

[1]) Bezeichnend Kammergericht 24. ZS. 28. 5. 10. im Recht 1910, Nr. 2775. Reichsgericht 16. 4. 18. Warneyer Entsch. 18, 204. — 16. 4. 1912 RGZ. 79 236.

[2]) Für das Mittelalter ist bezeichnend Cepola a. O. mit seinen 25 praesumtiones, welche auf Nichtigkeit des Sicherungskaufes wegen Simulation deuten. Das 16. Jahrhundert sprach vom Beweis per coniecturas, d. h. aus den Umständen, welche auf Simulation deuten, Anton. Faber, Cod. Fabrian. def. 4, 17, 1 und die deutschen Dissertationen des 17. Jahrhunderts.

[3]) John William Smith, The Law of Contracts, 3. Aufl. London 1860 S. 170—257.

grundlegenden Buche von Anson-Gwyer.[1] Erst die modernen Oxforder Professoren, welche durch ihre Darstellungen eine Kodifikation des englischen Privatrechtes vorbereiten wollen, nehmen in § 79 auch eine Vorschrift über das Scheingeschäft auf.[1] Aber bezeichnenderweise ist der Hauptfall des modernen Scheingeschäftes der anderen Rechte auch für das modernste englische Recht bedeutungslos: wenn die Parteien das Geschäft in einer dispositiven Urkunde errichtet haben, ist ein Nachweis, daß neben der maßgeblichen Urkunde eine Simulationsabrede bestehe, bedeutungslos, denn es gibt keine „extrinsic evidence" gegen die Urkunde, in welcher die Parteien ihren Willen erklären[2]. Das englische Recht kennt hier keine contre-lettre[3]) als Beweis neben der dispositiven Urkunde im Gegensatz zum französischen oder zum freien Beweis der Simulation im deutschen Rechte.

Kontinentale Rechte haben gewisse Schwierigkeiten mit der praktischen Behandlung der Simulation. Nicht das französische und das italienische Recht, welches die Simulation bei Rechtsgeschäften zwischen Lebenden anscheinend nur für den obligatorischen Vertrag behandelt, der allerdings auch das Eigentum übergehen läßt. Wo der notarielle oder privatrechtliche Kaufvertrag über das Grundstück zu einem scheinbaren billigen Preise erfolgt, während daneben ein weit höherer Preis vereinbart ist, wird es immer wichtig sein, das erklärte Geschäft als simuliertes nichtig zu be-

---

[1]) Vom Law of Contracts ist mir nur die vorletzte Auflage von 1912 zugänglich.

[2]) Jenkins, Digest of English Law, mir zugänglich in der Übersetzung von Schirrmeister-Prochownik, Die Handelsgesetze des Erdballes Bürgerliches Recht Englands I (1909), S. 500. Das ist praktisch nichts anderes als der Ausschluß der Simulationsabreden, welcher schon in denjustinianischen Notariatsformularen vereinbart ist, wenn gesagt wird, daß die Urkunde errichtet wird *ἄνευ νομίμου περιγραφῆς ἁπάσης*; oder wenn in dem instrumentum confessionatum der italienischen Statuten die urkundliche Erklärung die Simulationsabrede ausschließen soll, wogegen sich Baldus ad Cod. 4, 22 wendet. Derselbe Gedanke ist auch zum Schutze des instrumentum liquidum und confessatum bei den deutschen Praktikern vertreten worden, vgl. die Dissertation von Metzger, de contractu simulato, Jenae 1692 p. 58.

[3]) Code civil, art. 1321.

handeln, es sei denn, daß eine fiskalische Gesetzgebung hier die Simulationsabrede auch privatrechtlich mit Nichtigkeit trifft, wie es in dem neueren französischen Gesetze von 1912 der Fall ist.[1]) Auch bei den Scheinmanövern des Schuldners, der zum Scheine an einen Strohmann veräußert oder der sein ganzes Geschäft auf den Namen der Ehefrau oder des für volljährig erklärten Sohnes überträgt oder verpachtet, wird die Regel, daß das simulierte Rechtsgeschäft nichtig ist, wertvoll sein, sowohl um die Scheinveräußerung auch abgesehen von der Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger als nichtig zu behandeln, wie andererseits um die wahre, den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Rechtslage zwischen dem Dritten und dem angeblichen Vertreter, der persönlich berechtigt und verpflichtet werden muß, zur Geltung zu bringen.[2]) Aber im modernen deutschen Rechte macht die Anwendung der Simulation überall Schwierigkeiten, wo es sich nicht um die einfachen Fälle handelt, daß in Wahrheit überhaupt kein Geschäft vorliegt oder ein obligatorisches Geschäft äußerlich erklärt ist und ein Geschäft von anderem wirtschaftlichen Inhalte oder anderem rechtlichen Typus verdeckt. Überall, wo eine abstrakte Erklärung der Partei eine Rechtsänderung herbeiführt und ohne Rücksicht auf das obligatorische Geschäft wirkt, wird die Nichtigkeit wegen Scheingeschäftes geringe praktische Bedeutung haben, es sei denn, daß man die klassische Lehre von der Simulation umgestaltet. Wenn nach deutschem Rechte zu

---

[1]) Loi budgetaire du 27 février 1912.

[2]) Für die moderne französische Judikatur vgl. Revue trimestrielle 1912 p. 742 bei Gelegenheit des arrêt de la Cour de Pau 21. 2. 12 S. 1912. 2. 120. Die ältere Praxis bei Glasson a. O. p. 75ff. Für die deutsche heutige Praxis, soweit sie Scheingeschäfte annimmt, die Zusammenstellung im Commentar von Reichsgerichtsräten zu § 117 und außer den dort genannten Entscheidungen die interessante Entscheidung Posen 13. 10. 15. Pos. Monatsschrift 15, 150. Vgl. auch Wilhelm Fuchs, Scheinhändel, 1918 S. 151ff. Im allgemeinen ist die deutsche Rechtsprechung in der Annahme, es liege ein Scheingeschäft in Tatbeständen vor, welche eine Benachteiligung der Gläubiger enthalten, heute sehr vorsichtig, vgl. Planck-Knoke zu § 117 und aus der Rechtsprechung Reichsgericht Z. 69, 46; 84, 305. Recht 1909 N. 107.

dem Eigentumsübergang an der beweglichen Sache außer dem Besitzübergang nur die Einigung erforderlich ist, oder wenn bei dem Grundstücke die Auflassungserklärung zusammen mit der Eintragung genügt, um das Eigentum zu übertragen, fragt es sich, wie überhaupt eine Simulation möglich sein soll. Die Parteien haben erklärt, daß sie die Eigentumsübertragung wollen. Sie haben auch Interesse daran, daß der Rechtserfolg eintritt und sei es nur zu einer Täuschung Dritter. Die subjektive Ernstlichkeit der Erklärung ist gerade bei den Scheinmanövern durchaus gegeben, und dennoch muß die Rechtsprechung die Möglichkeit haben, ein Scheingeschäft als erwiesen anzusehen, wenn die Parteien die Eigentumsübertragung mit der Maßgabe vornehmen, daß sie die normalen wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen des Eigentumsüberganges gar nicht gewärtigen wollen, wie bei der Auflassung des tausendstel Anteiles des Grundstückseigentums, welche mehrere Kleinbesitzer gegenseitig vornehmen, um nach preußischem Jagdrechte eine Eigenjagd herzustellen, da ihre Grundstücke nur zusammen die für die Eigenjagd erforderliche Fläche ergeben.[1]) Es ist eine offene Frage, wie hier die Anwendung des § 117 unseres BGB. mit der Tatsache zu vereinbaren ist, daß in Wahrheit nicht die Analyse des Willens zur Rechtsübertragung, sondern die wirtschaftliche Zweckbestimmung des Übertragungsgeschäftes dazu führen muß, die Nichtigkeit der Auflassung zu begründen. Verzweifelt liegt, wenn man hier mit der Rechtsprechung das Vorliegen eines Scheingeschäftes bejaht, die Frage, wie die Grenze zwischen dem Scheingeschäfte und dem Treuhandgeschäfte im neuen deutschen Rechte zu ziehen ist. Wir brauchen die gültigen Treuhandgeschäfte sowohl für die Treuhand zu Verwaltungszwecken analog der römischen fiducia cum amico[2]), wie für die Treuhand bei der Sicherungsübereignung. Die vielfachen Angriffe gegen das Institut des fiduziarischen Rechtsgeschäftes, welche sich gerade in der

---

[1]) Rechtsprechung der OLG. 26, 178ff. und dazu die Literatur bei M. Wolff, Sachenrecht (Dritte Neubearbeitung) S. 236, Note 18.

[2]) Reichsgerichtsentscheidungen Z. 45, 80; 79, 122; 84. 217. Jur. Wochenschrift 15, 927.



neuesten Zeit mehren[1]), verkennen die praktischen Notwendigkeiten, überschätzen andererseits die Bedeutung unseres Rechtssatzes über die Scheingeschäfte. Es liegt kein Grund vor, wenn man einmal die abstrakte Übereignung oder die abstrakte Zession der Forderungen anerkennt, die Möglichkeit zu bestreiten, daß ein Recht übertragen wird, indem der Erwerber dabei mindestens obligatorisch gebunden wird, sein durch die Verfügung erlangtes Recht nach Maßgabe der Treuhandabrede auszuüben oder zurückzuübertragen. Das moderne deutsche Recht braucht heute diese Treuhandgeschäfte ebenso, wie sie im alten Rechte der Ägypter und der Griechen und Römer[2]), wie in der Praxis der Postglossatoren[3]) und unserer eigenen mittelalterlichen Rechtsvergangenheit nötig waren. Im siebzehnten Jahrhundert hat die deutsche Praxis[4]) wie die französische im sechzehnten Jahrhundert[5]) das Treuhandgeschäft bei den Übereignungen anerkannt und daneben den römischen Satz von der Nichtigkeit des simulierten Geschäftes für die obligatorischen Geschäfte durchgeführt. Es würde sich verlohnen, in der Rechtsgeschichte der letzten Jahrhunderte das Nebeneinander des fiduziarischen Geschäftes und der wegen Scheines nichtigen Geschäfte zu betrachten. Schon bei den ersten Stichproben,

---

[1]) Die ältere Literatur vgl. bei Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 2. Aufl. Aus der neuesten Literatur Neukamp, Bankarchiv 15, S. 113. 134. Wilh. Fuchs, Arch. f. d. ziv. Prax. 115. 84, Scheinhändel S. 78. 123ff., zu bemerken Siber, Jher. Jahrb. 70, 292.

[2]) Für das ägyptische Recht der letzten vorchristlichen Jahrhunderte Rabel, Verfügungsbeschr. des Verpfänders S. 79ff. Meine Bemerkungen Hauswaldt, Papyri S. 17ff. Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum ägypt. Bürgschaftsrecht (Abh. der Sächs. Akad. 1920) S. 246ff., 594. — Für die griechischen Rechte Rabel, diese Zeitschr. 28, 354ff. Mitteis, Grundzüge der Papyruskunde, S. 135ff.

[3]) Cepola a. O. secundo casu principali.

[4]) Zu den Wiederkaufsgülden vgl. die Zusammenstellung bei Ernest. Erlenkamp, De simulatis contractibus. Dissert., Straßburg 1664 p. 25f.

[5]) Anton. Faber, Codex Fabrianus def. 4, 34 i. 3 zu dem Grundstückserwerb des erwerbenden Treuhänders für den command. Dazu die gleichzeitige Literatur bei Glasson p. 23. — Zum Sicherungskauf Faber, ebenda def. 8, 16, 4; 4, 305.

die möglich waren, ergibt sich eine eigentümliche Beobachtung über den Wert des Rechtssatzes, daß Scheingeschäfte nichtig sind.)

In der modernen europäischen Rechtsgeschichte geht das Problem bis in das Zeitalter der Postglossatoren zurück. Unter dem Drucke des kanonischen Rechtes, welches das Zinsennehmen verbot, war die Hypothek zur Sicherung von Forderungen, die verzinst werden sollten, unbrauchbar geworden.[1]) Daher knüpfte man schon im dreizehnten Jahrhundert an die in der langobardischen Praxis altgewohnte[2]) Form des Sicherungskaufes an. Zwischen dem dreizehnten und fünfzehnten Jahrhundert wird es viel umstritten, ob es möglich sei, das kirchliche Zinsverbot dadurch zu vermeiden, daß man das Grundstück, in welchem das Geld angelegt werden soll, vom Eigentümer kauft, diesem ohne Besitzwechsel zurückverpachtet und dazu eine besondere Klausel über den Rückkauf vereinbart.[3]) Es ist der uralte Fall des Sicherungskaufes mit Rückkaufsklausel, wie er schon im alten Athen vorkam. Schon die Zeitgenossen des Bartolus haben sich mit dem Geschäfte viel beschäftigt. Im fünfzehnten Jahrhundert ist vor allem an diesem Geschäfte die ganze Lehre von der Simulation studiert worden. Mancher sah in der Vereinbarung des Rückkaufes eine verschleierte Verpfändung. Die Praxis unterschied, wie schon Albericus de Rosate[4]) festgestellt hatte, die wirksame, auf Treuhand geschehene Sicherungsübereignung) vom Scheingeschäft. Simuliert ist nach den Ausführungen des Bartolomeo Sipolla von Verona (fünfzehntes Jahrhundert), von dem wohl die gründlichste und lebensvollste Erörterung dieser Frage vorliegt, die Sicherungsübereignung nur dann, wenn die besonderen Umstände gegeben sind, welche einen Dolus, eine Absicht zur Gesetzesumgehung, eine Scheinerklärung anzunehmen gestattet. Die Praxis hat damals Treuhandgeschäft und Scheingeschäft schon unterschieden

---

[1]) Gl. ad Cod. 4, 22, 3. [2]) A. Schultze, Treuhand S. 82f.

[3]) Vgl. die Statuten bei Pertile, Storia di diritto italiano, 2. Aufl 4, 596.

[4]) Albericus de Rosate, zu c. 2 Cod. 4, 22. Die Jüngeren bei Cepola zu casus II.

und den Fehler vermieden, den Moderne machen wollen, wenn sie jedes Treuhandgeschäft wie eine Simulationsabrede behandeln wollen. Der Fall selbst, den Sipolla behandelte, ist heute noch in der italienischen Praxis umstritten. Die einen stehen auf dem Standpunkt, daß ein wirksames Geschäft, ähnlich der römischen fiducia vorliegt, andere, und zwar die herrschende Meinung, behandeln das Geschäft als simuliert (Rotondi, Atti in frode p. 185ff.).

Die französische Rechtswissenschaft hatte schon im siebzehnten Jahrhundert nicht mehr vermocht, das Scheingeschäft vom Treuhandgeschäft richtig zu scheiden. Es kamen damals bei den Auflassungen die Auflassungen vom mitwissenden Verkäufer an die Treuhänder des Erwerbers vor, welche in der Rolle eines modernen indirekten Vertreters selbst das Kaufgeschäft und die Auflassung tätigten und nachher die Erklärung abgaben, daß sie nur für einen bestimmten Auftraggeber als Treuhänder (commandé) erworben hätten. Diese Erklärung über „command" werden von der französischen Praxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts wie schon vorher geschützt, und die französische Theorie sieht hier, da jeder Verkäufer mit der Tatsache rechnet, daß der Käufer nur als „commandé" handelt, seit langem einen Fall der simulation licite, welche den Kauf und die Auflassung durchaus nicht nichtig macht.[1]) Der bloße Gedanke, daß die nicht ernstliche Willenserklärung als solche keinen Bestand haben dürfe, wird dabei nicht aufrechterhalten, sondern eine Nichtigkeit des Scheingeschäftes beruht auf Gesichtspunkten, die außerhalb des Rechtes der Scheingeschäfte liegen. Nach der französischen Rechtswissenschaft schon des siebzehnten Jahrhunderts ist die Simulation nur dann Nichtigkeitsgrund, wenn sie entweder zur Vereitelung der Rechte Dritter oder beim Umgehungsgeschäft zur Vermeidung des Verbotsgesetzes unterläuft.[2]) Heute erleben wir es, daß genau dieselben Geschäfte, welche sich bei dem Zusammenhang des modernen Wirt-

---

[1]) Glasson p. 23. Über die simulatio licita der gleichzeitigen deutschen gemeinrechtlichen Theorie vgl. Reinhard, De contr. simul. Straßb. Diss. 1766 p. 11.

[2]) Glasson p. 18.

die möglich waren, ergibt sich eine eigentümliche Beobachtung über den Wert des Rechtssatzes, daß Scheingeschäfte nichtig sind.)

In der modernen europäischen Rechtsgeschichte geht das Problem bis in das Zeitalter der Postglossatoren zurück. Unter dem Drucke des kanonischen Rechtes, welches das Zinsennehmen verbot, war die Hypothek zur Sicherung von Forderungen, die verzinst werden sollten, unbrauchbar geworden.[1]) Daher knüpfte man schon im dreizehnten Jahrhundert an die in der langobardischen Praxis altgewohnte[2]) Form des Sicherungskaufes an. Zwischen dem dreizehnten und fünfzehnten Jahrhundert wird es viel umstritten, ob es möglich sei, das kirchliche Zinsverbot dadurch zu vermeiden, daß man das Grundstück, in welchem das Geld angelegt werden soll, vom Eigentümer kauft, diesem ohne Besitzwechsel zurückverpachtet und dazu eine besondere Klausel über den Rückkauf vereinbart.[3]) Es ist der uralte Fall des Sicherungskaufes mit Rückkaufsklausel, wie er schon im alten Athen vorkam. Schon die Zeitgenossen des Bartolus haben sich mit dem Geschäfte viel beschäftigt. Im fünfzehnten Jahrhundert ist vor allem an diesem Geschäfte die ganze Lehre von der Simulation studiert worden. Mancher sah in der Vereinbarung des Rückkaufes eine verschleierte Verpfändung. Die Praxis unterschied, wie schon Albericus de Rosate[4]) festgestellt hatte, die wirksame, auf Treuhand geschehene Sicherungsübereignung) vom Scheingeschäft. Simuliert ist nach den Ausführungen des Bartolomeo Sipolla von Verona (fünfzehntes Jahrhundert), von dem wohl die gründlichste und lebensvollste Erörterung dieser Frage vorliegt, die Sicherungsübereignung nur dann, wenn die besonderen Umstände gegeben sind, welche einen Dolus, eine Absicht zur Gesetzesumgehung, eine Scheinerklärung anzunehmen gestattet. Die Praxis hat damals Treuhandgeschäft und Scheingeschäft schon unterschieden

[1]) Gl. ad Cod. 4, 22, 3. [2]) A. Schultze, Treuhand S. 82f.

[3]) Vgl. die Statuten bei Pertile, Storia di diritto italiano, 2. Aufl 4, 596.

[4]) Albericus de Rosate, zu c. 2 Cod. 4, 22. Die Jüngeren bei Cepola zu casus II.

und den Fehler vermieden, den Moderne machen wollen, wenn sie jedes Treuhandgeschäft wie eine Simulationsabrede behandeln wollen. Der Fall selbst, den Sipolla behandelte, ist heute noch in der italienischen Praxis umstritten. Die einen stehen auf dem Standpunkt, daß ein wirksames Geschäft, ähnlich der römischen fiducia vorliegt, andere, und zwar die herrschende Meinung, behandeln das Geschäft als simuliert (Rotondi, Atti in frode p. 185ff.).

Die französische Rechtswissenschaft hatte schon im siebzehnten Jahrhundert nicht mehr vermocht, das Scheingeschäft vom Treuhandgeschäft richtig zu scheiden. Es kamen damals bei den Auflassungen die Auflassungen vom mitwissenden Verkäufer an die Treuhänder des Erwerbers vor, welche in der Rolle eines modernen indirekten Vertreters selbst das Kaufgeschäft und die Auflassung tätigten und nachher die Erklärung abgaben, daß sie nur für einen bestimmten Auftraggeber als Treuhänder (commandé) erworben hätten. Diese Erklärung über „command“ werden von der französischen Praxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts wie schon vorher geschützt, und die französische Theorie sieht hier, da jeder Verkäufer mit der Tatsache rechnet, daß der Käufer nur als „commandé“ handelt, seit langem einen Fall der simulation licite, welche den Kauf und die Auflassung durchaus nicht nichtig macht.[1]) Der bloße Gedanke, daß die nicht ernstliche Willenserklärung als solche keinen Bestand haben dürfe, wird dabei nicht aufrechterhalten, sondern eine Nichtigkeit des Scheingeschäftes beruht auf Gesichtspunkten, die außerhalb des Rechtes der Scheingeschäfte liegen. Nach der französischen Rechtswissenschaft schon des siebzehnten Jahrhunderts ist die Simulation nur dann Nichtigkeitsgrund, wenn sie entweder zur Vereitelung der Rechte Dritter oder beim Umgehungsgeschäft zur Vermeidung des Verbotsgesetzes unterläuft.[2]) Heute erleben wir es, daß genau dieselben Geschäfte, welche sich bei dem Zusammenhang des modernen Wirt-

---

[1]) Glasson p. 23. Über die simulatio licita der gleichzeitigen deutschen gemeinrechtlichen Theorie vgl. Reinhard, De contr. simul. Straßb. Diss. 1766 p. 11.

[2]) Glasson p. 18.

die möglich waren, ergibt sich eine eigentümliche Beobachtung über den Wert des Rechtssatzes, daß Scheingeschäfte nichtig sind.)

In der modernen europäischen Rechtsgeschichte geht das Problem bis in das Zeitalter der Postglossatoren zurück. Unter dem Drucke des kanonischen Rechtes, welches das Zinsennehmen verbot, war die Hypothek zur Sicherung von Forderungen, die verzinst werden sollten, unbrauchbar geworden.[1]) Daher knüpfte man schon im dreizehnten Jahrhundert an die in der langobardischen Praxis altgewohnte[2]) Form des Sicherungskaufes an. Zwischen dem dreizehnten und fünfzehnten Jahrhundert wird es viel umstritten, ob es möglich sei, das kirchliche Zinsverbot dadurch zu vermeiden, daß man das Grundstück, in welchem das Geld angelegt werden soll, vom Eigentümer kauft, diesem ohne Besitzwechsel zurückverpachtet und dazu eine besondere Klausel über den Rückkauf vereinbart.[3]) Es ist der uralte Fall des Sicherungskaufes mit Rückkaufsklausel, wie er schon im alten Athen vorkam. Schon die Zeitgenossen des Bartolus haben sich mit dem Geschäfte viel beschäftigt. Im fünfzehnten Jahrhundert ist vor allem an diesem Geschäfte die ganze Lehre von der Simulation studiert worden. Mancher sah in der Vereinbarung des Rückkaufes eine verschleierte Verpfändung. Die Praxis unterschied, wie schon Albericus de Rosate[4]) festgestellt hatte, die wirksame, auf Treuhand geschehene Sicherungsübereignung) vom Scheingeschäft. Simuliert ist nach den Ausführungen des Bartolomeo Sipolla von Verona (fünfzehntes Jahrhundert), von dem wohl die gründlichste und lebensvollste Erörterung dieser Frage vorliegt, die Sicherungsübereignung nur dann, wenn die besonderen Umstände gegeben sind, welche einen Dolus, eine Absicht zur Gesetzesumgehung, eine Scheinerklärung anzunehmen gestattet. Die Praxis hat damals Treuhandgeschäft und Scheingeschäft schon unterschieden

[1]) Gl. ad Cod. 4, 22, 3. [2]) A. Schultze, Treuhand S. 82f.

[3]) Vgl. die Statuten bei Pertile, Storia di diritto italiano, 2. Aufl 4, 596.

[4]) Albericus de Rosate, zu c. 2 Cod. 4, 22. Die Jüngeren bei Cepola zu casus II.

und den Fehler vermieden, den Moderne machen wollen, wenn sie jedes Treuhandgeschäft wie eine Simulationsabrede behandeln wollen. Der Fall selbst, den Sipolla behandelte, ist heute noch in der italienischen Praxis umstritten. Die einen stehen auf dem Standpunkt, daß ein wirksames Geschäft, ähnlich der römischen fiducia vorliegt, andere, und zwar die herrschende Meinung, behandeln das Geschäft als simuliert (Rotondi, Atti in frode p. 185ff.).

Die französische Rechtswissenschaft hatte schon im siebzehnten Jahrhundert nicht mehr vermocht, das Scheingeschäft vom Treuhandgeschäft richtig zu scheiden. Es kamen damals bei den Auflassungen die Auflassungen vom mitwissenden Verkäufer an die Treuhänder des Erwerbers vor, welche in der Rolle eines modernen indirekten Vertreters selbst das Kaufgeschäft und die Auflassung tätigten und nachher die Erklärung abgaben, daß sie nur für einen bestimmten Auftraggeber als Treuhänder (commandé) erworben hätten. Diese Erklärung über „command" werden von der französischen Praxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts wie schon vorher geschützt, und die französische Theorie sieht hier, da jeder Verkäufer mit der Tatsache rechnet, daß der Käufer nur als „commandé" handelt, seit langem einen Fall der simulation licite, welche den Kauf und die Auflassung durchaus nicht nichtig macht.[1]) Der bloße Gedanke, daß die nicht ernstliche Willenserklärung als solche keinen Bestand haben dürfe, wird dabei nicht aufrechterhalten, sondern eine Nichtigkeit des Scheingeschäftes beruht auf Gesichtspunkten, die außerhalb des Rechtes der Scheingeschäfte liegen. Nach der französischen Rechtswissenschaft schon des siebzehnten Jahrhunderts ist die Simulation nur dann Nichtigkeitsgrund, wenn sie entweder zur Vereitelung der Rechte Dritter oder beim Umgehungsgeschäft zur Vermeidung des Verbotsgesetzes unterläuft.[2]) Heute erleben wir es, daß genau dieselben Geschäfte, welche sich bei dem Zusammenhang des modernen Wirt-

---

[1]) Glasson p. 23. Über die simulatio licita der gleichzeitigen deutschen gemeinrechtlichen Theorie vgl. Reinhard, De contr. simul. Straßb. Diss. 1766 p. 11.

[2]) Glasson p. 18.

die möglich waren, ergibt sich eine eigentümliche Beobachtung über den Wert des Rechtssatzes, daß Scheingeschäfte nichtig sind.)

In der modernen europäischen Rechtsgeschichte geht das Problem bis in das Zeitalter der Postglossatoren zurück. Unter dem Drucke des kanonischen Rechtes, welches das Zinsennehmen verbot, war die Hypothek zur Sicherung von Forderungen, die verzinst werden sollten, unbrauchbar geworden.[1]) Daher knüpfte man schon im dreizehnten Jahrhundert an die in der langobardischen Praxis altgewohnte[2]) Form des Sicherungskaufes an. Zwischen dem dreizehnten und fünfzehnten Jahrhundert wird es viel umstritten, ob es möglich sei, das kirchliche Zinsverbot dadurch zu vermeiden, daß man das Grundstück, in welchem das Geld angelegt werden soll, vom Eigentümer kauft, diesem ohne Besitzwechsel zurückverpachtet und dazu eine besondere Klausel über den Rückkauf vereinbart.[3]) Es ist der uralte Fall des Sicherungskaufes mit Rückkaufsklausel, wie er schon im alten Athen vorkam. Schon die Zeitgenossen des Bartolus haben sich mit dem Geschäfte viel beschäftigt. Im fünfzehnten Jahrhundert ist vor allem an diesem Geschäfte die ganze Lehre von der Simulation studiert worden. Mancher sah in der Vereinbarung des Rückkaufes eine verschleierte Verpfändung. Die Praxis unterschied, wie schon Albericus de Rosate[4]) festgestellt hatte, die wirksame, auf Treuhand geschehene Sicherungsübereignung) vom Scheingeschäft. Simuliert ist nach den Ausführungen des Bartolomeo Sipolla von Verona (fünfzehntes Jahrhundert), von dem wohl die gründlichste und lebensvollste Erörterung dieser Frage vorliegt, die Sicherungsübereignung nur dann, wenn die besonderen Umstände gegeben sind, welche einen Dolus, eine Absicht zur Gesetzesumgehung, eine Scheinerklärung anzunehmen gestattet. Die Praxis hat damals Treuhandgeschäft und Scheingeschäft schon unterschieden

[1]) Gl. ad Cod. 4, 22, 3. [2]) A. Schultze, Treuhand S. 82f.

[3]) Vgl. die Statuten bei Pertile, Storia di diritto italiano, 2. Aufl 4, 596.

[4]) Albericus de Rosate, zu c. 2 Cod. 4, 22. Die Jüngeren bei Cepola zu casus II.

und den Fehler vermieden, den Moderne machen wollen, wenn sie jedes Treuhandgeschäft wie eine Simulationsabrede behandeln wollen. Der Fall selbst, den Sipolla behandelte, ist heute noch in der italienischen Praxis umstritten. Die einen stehen auf dem Standpunkt, daß ein wirksames Geschäft, ähnlich der römischen fiducia vorliegt, andere, und zwar die herrschende Meinung, behandeln das Geschäft als simuliert (Rotondi, Atti in frode p. 185ff.).

Die französische Rechtswissenschaft hatte schon im siebzehnten Jahrhundert nicht mehr vermocht, das Scheingeschäft vom Treuhandgeschäft richtig zu scheiden. Es kamen damals bei den Auflassungen die Auflassungen vom mitwissenden Verkäufer an die Treuhänder des Erwerbers vor, welche in der Rolle eines modernen indirekten Vertreters selbst das Kaufgeschäft und die Auflassung tätigten und nachher die Erklärung abgaben, daß sie nur für einen bestimmten Auftraggeber als Treuhänder (commandé) erworben hätten. Diese Erklärung über „command" werden von der französischen Praxis des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts wie schon vorher geschützt, und die französische Theorie sieht hier, da jeder Verkäufer mit der Tatsache rechnet, daß der Käufer nur als „commandé" handelt, seit langem einen Fall der simulation licite, welche den Kauf und die Auflassung durchaus nicht nichtig macht.[1]) Der bloße Gedanke, daß die nicht ernstliche Willenserklärung als solche keinen Bestand haben dürfe, wird dabei nicht aufrechterhalten, sondern eine Nichtigkeit des Scheingeschäftes beruht auf Gesichtspunkten, die außerhalb des Rechtes der Scheingeschäfte liegen. Nach der französischen Rechtswissenschaft schon des siebzehnten Jahrhunderts ist die Simulation nur dann Nichtigkeitsgrund, wenn sie entweder zur Vereitelung der Rechte Dritter oder beim Umgehungsgeschäft zur Vermeidung des Verbotsgesetzes unterläuft.[2]) Heute erleben wir es, daß genau dieselben Geschäfte, welche sich bei dem Zusammenhang des modernen Wirt-

---

[1]) Glasson p. 23. Über die simulatio licita der gleichzeitigen deutschen gemeinrechtlichen Theorie vgl. Reinhard, De contr. simul. Straßb. Diss. 1766 p. 11.

[2]) Glasson p. 18.

schaftslebens auf dem Boden der verschiedensten Rechtsordnungen wiederfinden, in einem Rechtsgebiet als Scheingeschäft und daher nichtig behandelt werden, während sie im anderen Rechtsgebiete voll wirksam sind. Die Sicherungsübereignung an Mobilien ist im modernen französischen[1]) und schweizerischen Rechte[2]) als Scheingeschäft nichtig, das moderne englische Recht soll nach dem Vorschlag der Oxforder Professoren dieselbe Regel annehmen, um auf diesem Wege auch die Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen in bloße Verpfändungserklärungen umdeuten zu können.[3]) Im deutschen Rechte dagegen ist die Sicherungsübereignung beileibe kein Scheingeschäft. Wir deuten sogar ein Verpfändungsversprechen über Mobilien, bei welchem der Schuldner dem Gläubiger nicht den Besitz der haftenden Sache zu übertragen gedenkt, in eine Verpflichtung zur Sicherungsübereignung um, um den Parteiwillen und die vernünftigen wirtschaftlichen Interessen der Parteien zur Geltung zu bringen.[4]) Wo bleibt da die Sicherheit, die der Schulbegriff des Scheingeschäftes und die Analyse des Geschäftswillens für den modernen Richter gibt? Die Regel, daß Scheingeschäfte nichtig sind, gibt, eben weil der Begriff des Scheingeschäftes fehlerhafterweise auf die Analyse des Geschäftswillens aufgebaut ist[5]), keinen sicheren Anhalt für den Richter und

[1]) Über das nantissement sous forme de vente vgl. Laurent, Principes XXVIII no. 488. Aubry et Rau 4, p. 703 n. 13 § 432. Anders Troplong, Du nantissement no. 204. 307. Auch im französischen Rechte hat sich die Sicherungsübereignung als wirksames Geschäft durchgesetzt, unter der Voraussetzung, daß die Formen des nantissement eingehalten sind, und zwar für die Schiffe, vgl. die Judikatur bei Laurent a. O. Nr. 489. Wenn die Urkunde formgerecht ist und die Schuld wie das Objekt genau angegeben ist, gilt hier die Sicherungsübereignung zuwider dem art. 2076 code civ. Für das kaufmännische Mobiliar ist die Frage jetzt infolge des Gesetzes vom 17. März 1909 unpraktisch, vgl. Text und Gesetzesgeschichte im Annuaire de législation 1909 p. 45ff.

[2]) Kommentar zu dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch Egger-Wieland 4, 449.

[3]) Jenkins-Schirrmeister-Prochownik I S. 500.

[4]) Reichsgericht: Warneyer, Entscheidungen 16, 68.

[5]) Beachtliches bei Gottschalk, Bedeutung des Irrtums im Zivilrecht (1917) S. 72ff.



für die Wissenschaft. Auf die Frage, ob der Parteiwille hinter der Erklärung stand oder ob die Erklärung nur zum Scheine abgegeben wurde, kommt es für die praktische Handhabung weniger an als auf die objektiven Gesichtspunkte, welche für die Beurteilung des Geschäftes ausschlaggebend sein müssen: bietet die Rechtsordnung den Parteien ein spezifisches Mittel, um ihre Zwecke zu erreichen? Schreibt die Rechtsordnung für ein bestimmtes Geschäft spezifische Formen vor? Macht sie die Wirkungen des Privatrechtes von der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen abhängig? Bestehen Verbotsgesetze? Enthält das Geschäft Elemente, welche es zum unsittlichen oder wucherischen stempeln? Liegen diese Gesichtspunkte vor, so wird die Nichtigkeit in Wahrheit nicht wegen der Simulation, sondern wegen des Vorliegens der objektiven Gesichtspunkte angenommen werden. Das müssen lange vor uns schon die großen Praktiker des sechzehnten Jahrhunders gemerkt haben. Bei Duaren[1] ist der Sicherungskauf mit Rückkaufsklausel, also der Vorgänger unserer modernen Sicherungsübereignung, als Scheingeschäft und deshalb nichtig behandelt, weil bei ihm offenbar noch das kanonische Zinsverbot wirkt und der Gläubiger nicht mittels der Nutzung aus der Sache die Zinsen herauswirtschaften darf, welche er sich nicht vom Schuldner zahlen lassen darf. Der Präsident Anton Faber, dessen gewaltige juristische Bildung als Meister der Interpolationenforschung heute besser gekannt zu werden pflegt als seine große Tätigkeit als Richter, behandelt dasselbe Geschäft, weil ihm das kanonische Zinsverbot in der Vergangenheit liegt, als durchaus wirksam.[2]) Und er weiß doch auf der anderen Seite die römischen Sätze über das Scheingeschäft mit meisterhaftem Takte anzuwenden.

Die Frage nach dem Scheincharakter eines Geschäftes hat niemals zu sicheren Entscheidungen geführt.[3]) Was

[1]) Duarenus ad Cod. 4, 22 (ed. Frankfurt 1601).

[2]) Oben S. 233 Anm. 5.

[3]) In der deutschen Judikatur ist wohl daraus die Neigung zu erklären, in Fällen, in denen man jahrhundertelang von Scheingeschäften gesprochen hat, wie insbesondere bei den Geschäften mit dem Strohmann, das Scheingeschäft abzulehnen und denjenigen, der das Geschäft be-

auf dem Katheder zur Not klargemacht werden kann, versagt bei der Handhabung in der Rechtsprechung. Daher ist es nicht verwunderlich, wenn heute die modernste deutsche Theorie Anzeichen dafür zeigt, daß wir im Begriffe sind, neben dem Rechtssatze über die Nichtigkeit der Scheingeschäfte nach Gesichtspunkten zu suchen, welche besser als jener imstande sind, für die Entscheidung zu dienen.

Dahin gehört einmal die Lehre von Tuhrs.[1]) Er weist auf die Verwandtschaft des Scheingeschäftes mit der formlosen Vereinbarung hin, welche den geschlossenen formellen Vertrag aufhebt. Es komme praktisch auf dasselbe hinaus, ob die Parteien den eben geschlossenen Vertrag durch Rücktrittsabrede aufheben oder schon bei Abschluß eines Vertrages vereinbaren, daß derselbe nicht gelten solle. Hier wird die Simulationsabrede auf die antizipierte Aufhebung eines Vertrages zurückgeführt. Beim obligatorischen Vertrage wird dieser Gesichtspunkt allerdings genügen. Auch bei der Eigentumsübertragung von Mobilien nach modernem deutschen Rechte, weil hier die Einigung von den Parteien frei gestaltet werden kann. Der Gesichtspunkt von Tuhrs hat andererseits praktische Konsequenzen für die Fälle der Simulation bei der Annahme an Kindes Statt und bei dem Ehevertrage, indem hier — der Rechtsprechung zuwider — die Simulationsabrede als unwirksam behandelt wird, da auch die Aufhebung dieser Verträge durch formlosen Vertrag nicht möglich sei. Mag man gegenüber der praktischen Anschauung von Tuhrs bezüglich der Adoption zur Namensänderung auch Bedenken haben — der Versuch, an Stelle der alten Doktrin der Simulation einen anderen Gesichtspunkt einzuführen, bleibt jedenfalls bemerkenswert.

---

kämpfen will, auf die Rechte wegen Benachteiligung der Gläubiger zu verweisen, wie bei der bekannten deutschen Praxis, welche die Zulässigkeit des Dienstlohnvertrages zugunsten der Ehefrau des Angestellten bezüglich des pfändbaren Einkommensteiles des Lohnanspruches betrifft, dazu vgl. die Rechtsprechung bei Titze, Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. II. 2, S. 648.

[1]) Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechtes II, 1 S. 564.

Dort, wo die Simulation zur Umdeutung des erklärten Geschäftes ins verdeckte führt, genügt es für die Rechtsprechung, die allgemeinen Auslegungsregeln anzuwenden, wenn simuliertes und verdecktes Geschäft erlaubt sind. Nach anderer Richtung wird heute im deutschen Rechte ein alter Tatbestand des Scheingeschäftes nach objektiven, nicht mit der Analyse des Geschäftswillens operierenden Gesichtspunkten behandelt, wo die Sicherungsübereignung wegen Unsittlichkeit des Sicherungsgeschäftes nichtig ist. Wenn der Schuldner sich durch eine Sicherungsübereignung seiner sämtlichen Vermögensaktiva begibt, wo das gesamte Mobiliar eines Geschäftes samt den Forderungen auf den Gläubiger übergehen und dabei eine Scheinexistenz, welche nur auf Täuschung kreditgebender Dritter angelegt sein kann, übrigbleibt, wird wegen Unsittlichkeit des Sicherungsgeschäftes die Sicherungsübereignung für nichtig erklärt.[1]) Endlich sind bei den Scheingeschäften zur Umgehung von Formvorschriften einzelne Ansätze der Rechtsprechung daran, auch abgesehen vom Scheingeschäft den Satz zu begründen, daß dort, wo die Rechtsordnung Formen erfordert, die Umgehung dieser Formen zu privatrechtlich unwirksamen Geschäften führe.[2]) Es fehlt heute allerdings in der deutschen Rechtswissenschaft gerade an der überzeugenden Behandlung des Problems der Gesetzesumgehung.[3]) Und doch wird auf diesem Gebiete der ausschlaggebende Gesichtspunkt gesucht werden müssen, nicht nur in denjenigen Fällen, in welchen die Umgehung des Verbotsgesetzes zur Nichtigkeit führt, sondern auch dort, wo die Formvorschriften des Privatrechtes umgangen werden sollen und dort, wo das öffentliche Recht Notwendigkeiten schafft, um welche man vermittels geschickter Gestaltung der privatrechtlichen Form herumzukommen versucht. Wenn einmal die Namensänderung eine Genehmigung der Verwaltungsbehörde voraussetzt, so muß es un-

[1]) Reichsgericht Z. 77, 210; 85, 344. — Jur. Wochenschr. 1911, 650. 1912, 457. Leipziger Zeitschr. 1917, 119.

[2]) Reichsger. Jur. Wochenschr. 1916, 48, Z. 100, 210.

[3]) Über Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917, richtig Endemann, Jur. Wochenschr. 1918, 409.

zulässig sein, die Namensänderung und sie allein im Wege der privatrechtlichen Annahme an Kindes Statt zu erreichen. Aus diesem Gesichtspunkte und wahrscheinlich nicht aus der Prüfung, ob ein Scheingeschäft vorliegt, wird man die Entscheidung begründen müssen, die heute in der deutschen Rechtsprechung üblich ist.[1])

Die Lehre des Scheingeschäftes, in welcher das moderne deutsche Recht heute noch auf den Grundlagen des Bartolus und Baldus steht, ist revisionsbedürftig. Daß wir dabei auch die von Lenel seit Jahren vorbereitete Kritik der gemeinrechtlichen und der modernen Lehre vom Scheingeschäfte erhalten mögen, darf an dieser Stelle als Wunsch geäußert werden. Die vorliegende Untersuchung stellt sich andere Ziele, als wir bei den öfteren gemeinsamen Unterhaltungen in Freiburg im Auge hatten. Wenn der Meister, dem diese Seiten gewidmet sind, gleichwohl Anklänge an die eigenen Gedanken finden sollte, möge er darin nur ein Zeichen dafür erblicken, wieviel ich den Freiburger Jahren schuldig bleibe.

Die moderne dogmatische Forschung wird eine Vorarbeit an den römischen Rechtsquellen nötig haben. Diese muß die einzelnen Kulturschichten der römischen Rechtsordnung unterscheiden. Es wird sich da die Tatsache ergeben, daß weder die republikanische Jurisprudenz noch das klassische Recht des zweiten Jahrhunderts von einem Rechtssatze, daß das negotium simulatum nichtig sei, gewußt haben. Es wird sich zeigen, daß die großen Praktiker nach den objektiven Gesichtspunkten, welche sich aus der Gestaltung des klassischen Systems der Rechtsgeschäfte, aus der Lehre der Auslegung beim bonae fidei judicium ergeben, wie durch die Auslegung positiver Vorschriften, mit denen man das Umgehungsgeschäft bekämpfen konnte, die Probleme behandelt haben, welche erst eine spätere Zeit unter den Gesichtspunkt des Scheingeschäftes stellte. Die ganze Lehre des Scheingeschäftes erwuchs erst in der Zeit,

---

[1]) Mit den Argumenten aus dem Scheingeschäfte operiert noch ausschließlich Reichsger. 29, 123. 132. — OLG. Hamburg, Rechtsprechung 7, 425. — Kammergericht Rechtsprechung 8, 375. — Jahrbuch 32 A 45, Leipziger Zeitschr. 18, 394.



welche in Gesetzgebung und Notariatsurkunde die Willenstheorien ins Recht hineingetragen hat. Es sind die späten Ausleger des fünften Jahrhunderts, die Theoretiker von Berytos, welche aus den Entscheidungen der großen Juristen einen Rechtssatz bewiesen, den in Wahrheit erst die spätere römische Praxis im Anschluß an Gesetze des vierten Jahrhunderts eingeführt hat: daß zum wirksamen Rechtsgeschäft der reine, nicht simulierte Wille (*καθαρὰ προαίρεσις*) gehörte oder, mit den Worten der byzantinischen Urkunden gesagt, daß das Geschäft zum reinen Zwecke (*καθαρῷ σκόπῳ*) geschlossen sein müsse, ohne irgendeine fraus im Sinne der Gesetze (*ἄνευ νομίμου περιγραφῆς ἁπάσης*).

I.

Das Recht der Republik wußte vom Scheingeschäfte als einem nichtigen Geschäfte sicher noch nichts. Zwar spricht die Literatur schon in Ciceros Zeit von Handlungen, die unter der Maske einer anderen vorgenommen werden; dann sagt man, daß die vorgenommene Handlung zum Scheine, in speciem[1]) vorgenommen ist. Wohl kennt man den Ausdruck, daß eine Erörterung simulate, nur zum Scheine, d. h. rein literarisch zum akademischen Demonstrationszwecke, nicht ernstlich erfolge.[2]) Hier ist das simulate fieri ein guter römischer Ausdruck.[3]) Man kennt den Gegensatz zwischen der objektiven Erklärung, dem dem Worte nach (verbo) Gesagten und dem in Wirklichkeit (re) Gemeinten.[4]) Unter dem Einflusse der juristischen Defi-

[1]) in speciem bei Livius bei den militärischen Scheinmanövern 21, 32, 12 — 22, 43, 12—36, 7, 12—24, 3, 11. — Cicero 1. agr. II, 10 (specie simulationis) 31 (ad speciem atque usurpationem vetustatis); Corn. Nepos 18, 7, 2.

[2]) Cic. de nat. deor. 2, 167, 168: sive ex animo id fit sive simulate . . . vgl. auch Cic. Rab. Post. 33.

[3]) Das ist wichtig, weil gesichert werden muß, daß sprachliche Gründe nicht der Klassizität der Rubrik im Codex Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur entgegenstehen.

[4]) Cic. Verr. 3, 33: cum vero verbo judicium sit in edicto, re quidem vera suorum comitum . . . conlusio cum decumanis . . . Phil. 2, 11; 11, 11; 3, 14. Verr. 2, 43: qui praefuerunt his Heraclii bonis verbo redigendis, re dissipandis.

zulässig sein, die Namensänderung und sie allein im Wege der privatrechtlichen Annahme an Kindes Statt zu erreichen. Aus diesem Gesichtspunkte und wahrscheinlich nicht aus der Prüfung, ob ein Scheingeschäft vorliegt, wird man die Entscheidung begründen müssen, die heute in der deutschen Rechtsprechung üblich ist.[1])

Die Lehre des Scheingeschäftes, in welcher das moderne deutsche Recht heute noch auf den Grundlagen des Bartolus und Baldus steht, ist revisionsbedürftig. Daß wir dabei auch die von Lenel seit Jahren vorbereitete Kritik der gemeinrechtlichen und der modernen Lehre vom Scheingeschäfte erhalten mögen, darf an dieser Stelle als Wunsch geäußert werden. Die vorliegende Untersuchung stellt sich andere Ziele, als wir bei den öfteren gemeinsamen Unterhaltungen in Freiburg im Auge hatten. Wenn der Meister, dem diese Seiten gewidmet sind, gleichwohl Anklänge an die eigenen Gedanken finden sollte, möge er darin nur ein Zeichen dafür erblicken, wieviel ich den Freiburger Jahren schuldig bleibe.

Die moderne dogmatische Forschung wird eine Vorarbeit an den römischen Rechtsquellen nötig haben. Diese muß die einzelnen Kulturschichten der römischen Rechtsordnung unterscheiden. Es wird sich da die Tatsache ergeben, daß weder die republikanische Jurisprudenz noch das klassische Recht des zweiten Jahrhunderts von einem Rechtssatze, daß das negotium simulatum nichtig sei, gewußt haben. Es wird sich zeigen, daß die großen Praktiker nach den objektiven Gesichtspunkten, welche sich aus der Gestaltung des klassischen Systems der Rechtsgeschäfte, aus der Lehre der Auslegung beim bonae fidei judicium ergeben, wie durch die Auslegung positiver Vorschriften, mit denen man das Umgehungsgeschäft bekämpfen konnte, die Probleme behandelt haben, welche erst eine spätere Zeit unter den Gesichtspunkt des Scheingeschäftes stellte. Die ganze Lehre des Scheingeschäftes erwuchs erst in der Zeit,

---

[1]) Mit den Argumenten aus dem Scheingeschäfte operiert noch ausschließlich Reichsger. 29, 123. 132. — OLG. Hamburg, Rechtsprechung 7, 425. — Kammergericht Rechtsprechung 8, 375. — Jahrbuch 32 A 45, Leipziger Zeitschr. 18, 394.



welche in Gesetzgebung und Notariatsurkunde die Willenstheorien ins Recht hineingetragen hat. Es sind die späten Ausleger des fünften Jahrhunderts, die Theoretiker von Berytos, welche aus den Entscheidungen der großen Juristen einen Rechtssatz bewiesen, den in Wahrheit erst die spätere römische Praxis im Anschluß an Gesetze des vierten Jahrhunderts eingeführt hat: daß zum wirksamen Rechtsgeschäft der reine, nicht simulierte Wille (*καθαρὰ προαίρεσις*) gehörte oder, mit den Worten der byzantinischen Urkunden gesagt, daß das Geschäft zum reinen Zwecke (*καθαρῷ σκόπῳ*) geschlossen sein müsse, ohne irgendeine fraus im Sinne der Gesetze (*ἄνευ νομίμου περιγραφῆς ἁπάσης*).

I.

Das Recht der Republik wußte vom Scheingeschäfte als einem nichtigen Geschäfte sicher noch nichts. Zwar spricht die Literatur schon in Ciceros Zeit von Handlungen, die unter der Maske einer anderen vorgenommen werden; dann sagt man, daß die vorgenommene Handlung zum Scheine, in speciem[1]) vorgenommen ist. Wohl kennt man den Ausdruck, daß eine Erörterung simulate, nur zum Scheine, d. h. rein literarisch zum akademischen Demonstrationszwecke, nicht ernstlich erfolge.[2]) Hier ist das simulate fieri ein guter römischer Ausdruck.[3]) Man kennt den Gegensatz zwischen der objektiven Erklärung, dem dem Worte nach (verbo) Gesagten und dem in Wirklichkeit (re) Gemeinten.[4]) Unter dem Einflusse der juristischen Defi-

[1]) in speciem bei Livius bei den militärischen Scheinmanövern 21, 32, 12 — 22, 43, 12—36, 7, 12—24, 3, 11. — Cicero l. agr. II, 10 (specie simulationis) 31 (ad speciem atque usurpationem vetustatis); Corn. Nepos 18, 7, 2.

[2]) Cic. de nat. deor. 2, 167. 168: sive ex animo id fit sive simulate . . . vgl. auch Cic. Rab. Post. 33.

[3]) Das ist wichtig, weil gesichert werden muß, daß sprachliche Gründe nicht der Klassizität der Rubrik im Codex Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur entgegenstehen.

[4]) Cic. Verr. 3, 33: cum vero verbo judicium sit in edicto, re quidem vera suorum comitum . . . conlusio cum decumanis . . . Phil. 2, 11; 11, 11; 3, 14. Verr. 2, 43: qui praefuerunt his Heraclii bonis verbo redigendis, re dissipandis.

nitionen sagt man von einem, der im Prozesse zum Schein anerkennt und hinten herum sich mit dem Kläger verträgt: Aliud agere palam, aliud agere secreto.[1]) Also fehlte es nicht an den sprachlichen und gedanklichen Ausdrucksformen für ein nicht ernstliches Scheinhandeln. Aber es fehlt doch an jedem Anhalte dafür, daß die Juristen einem Rechtsgeschäfte, das die Parteien von vornherein mit einer Simulationsabrede schließen, die rechtliche Wirksamkeit absprachen. Man hat bisher nicht genügend Wert darauf gelegt[2]), daß weder im Zivilrechte noch im prätorischen Edikte irgendeine Grundlage dafür nachweisbar ist, daß Scheingeschäfte nichtig seien. Gegen die dolose Erklärung, gegen das metus causa gestum sind damals die jungen Edikte über den Dolus und die restitutio wegen metus wie die actio quod metus causa factum est nachweisbar. Es fehlt an jedem Zeichen dafür, daß das prätorische Edikt irgendeine Vorschrift enthalten habe, welche das Scheingeschäft als unwirksam hingestellt habe oder der Partei einen Klagschutz, ähnlich der französischen action en simulation gegeben habe, um den anderen Teil zur Befreiung von der simulierten Stipulation zu zwingen. Das ist nicht bedeutungslos. Als die neuzeitliche Rechtsentwicklung nach den Postglossatoren begann, die römischen Entscheidungen über die Simulation zu verarbeiten, da spielte eine Parallelbildung zur actio doli oder zur Anfechtung der Urkunde wegen Fälschung eine Rolle[3]), der Vorgänger der modernen

---

[1]) Plin. ep. 5, 1.

[2]) Die Darstellung bei M. Voigt, Jus naturale 3, 111f. ist hier noch für die geläufige Auffassung typisch, vgl. Girard, Manuel (5. Aufl. 459).

[3]) Vgl. Faber, Codex Fabr. def. 4, 17, 4. 6, der bei der Einrede der Simulation gegenüber der Klage des Pfandgläubigers ein Interlokut für den die Simulation bestreitenden Kläger kennt, eine einstweilige Verfügung, durch welche der Kläger bis zum Beweise der Simulation durch den Beklagten zunächst in den Besitz der Pfandsache eingewiesen wird. Dabei wird mit einem Gedankengange, der in der Geschichte immer wiederkommt, die Simulationseinrede mit dem Einwand des Schuldners in Parallele gesetzt, daß die Beweisurkunde über die Forderung gefälscht sei. Faber zitiert das interpolierte Reskript Cod. 9, 1, 22, 2, das dem Beklagten es nicht erspart, zunächst zu zahlen, bevor

französischen action en simulation des code civil. Etwas Ähnliches fehlt durchaus in der römischen Rechtsüberlieferung sowohl der republikanischen wie der klassischen Zeit. Daß man damals nicht daran dachte, die Simulationsabrede als Grund zur Nichtigkeit des Geschäftes zu behandeln, könnte man für die freien Geschäfte, die später bei Gaius die Konsensualkontrakte heißen, durch die Darlegung erweisen, daß der ganze Vertragsgedanke für diese der Republik noch nicht angehört. Diese wichtige Tatsache, über welche wir heute Klarheit schaffen können, kann allerdings nebenher in diesem Zusammenhange nicht erläutert werden. Es scheint mir dringend wahrscheinlich, daß Qu. Mucius die bonae fidei judicia quibus vitae societas continetur gar nicht anders aufgefaßt hat, als seine stoischen Lehrer, von denen er den Gedanken der Lebensgemeinschaft aller Rechtsgenossen hat, es auch taten. Ihnen galten die Klagen des Obligationenrechtes, welche den römischen bonae fidei judicia entsprachen, als Haftungen wegen treuloser Lügenhaftigkeit des Beklagten, der bei der Abgabe eines Versprechens oder in der Erfüllung desselben gelogen hat. Und dieses Versprechen selbst wird nur nach Maßgabe der Worte ausgelegt, ohne daß von der Konsenslehre der späteren Jahrhunderte eine Rede ist.

Daß die zivilen Geschäfte wie die mancipatio, die in jure cessio, die stipulatio, die acceptilatio, von einer Simulationsabrede nicht berührt werden, liegt auf der Hand. Dabei ist natürlich nicht[1]) an die Erörterungen zu denken, mit denen die romanistische Forschung in Deutschland bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts und vielfach in den anderen Ländern heute noch von der mancipatio als Scheingeschäft sprach, die in jure cessio als Scheinprozeß

---

das Strafverfahren wegen Fälschung durchgeführt ist. Es war der Fall, in dem das klassische Recht wohl nur die Kaution des Schuldners kannte, vgl. P. Oxy 237 col. 8, 21. Cod. Theod. 2, 27, 1; 2, 28, 2. — Dazu Mitteis, Arch. f. Pap.-Forschung 1, 182.

[1]) Gegen die moderne Theorie, welche hier mit Gedanken des Scheingeschäfts operiert, Wlassak, Z. Sav.-St. 28 (1907) 71; Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte, Z. Sav.-St. 27 (1906) 290ff. Mitteis, Röm. Priv.-Recht 1, 261.

behandelt und etwa feststellte, daß die römischen Juristen mit der Erweiterung der mancipatio zur Testamentsform die Bahn der Scheingeschäfte betreten hätten. Von Scheinkauf und Scheinprozeß zu sprechen, um das römische Formalrecht zu verstehen, erscheint uns heute als ein Anachronismus, da in der Republik die Rechtswirkung dieser Geschäfte zweifellos an der gewählten Form hängt, so daß noch kein Jurist auf die Vorstellung kommen konnte, daß der Wille die Mutter der Verträge sei. Die Alten werden uns jetzt besser verständlich, seit wir denselben Rechtsformalismus vielfach mit denselben gedanklichen Elementen in den Formularen der ägyptischen Jurisprudenz beobachten können, in den Jahrhunderten nach der Perserherrschaft. Auch dort findet sich ja die zum Auflassungsformular abgeschliffene Form eines Geschäftes, das einst für den Barkauf gebildet war; auch dort wird diese Form zur Selbstverknechtung, zur Adoption, zur Verfügung über das Vermögen als Ganzes verwendet.[1]) Und die Entwicklung zum abstrakten Geschäfte in Rom hat in denselben Jahrhunderten stattgefunden, in welchen wir in den anderen Rechtsgebieten dieselbe Entwicklung selbständig beobachten können.[2]) Auch in dem hellenistischen Rechtsgebiete wird, dort im Zusammenhange mit der Eintragung ins öffentliche Register, aus der Erklärung des Verkäufers eine abstrakte Erklärung, durch welche er

[1]) Vgl. die Bemerkungen in P. Hauswaldt, wo auch die ältere Literatur berücksichtigt ist; zur ägyptischen Selbstverknechtung durch Selbstverkauf des Schuldners Revillout, Précis de droit égyptien 1, 358. Die Behauptungen Revillouts über die ägyptische coemptio scheinen mir nicht erweislich zu sein. Aber es bleibt die Verwendung des Kaufformulars zur Adoption des Volljährigen, P. Louvre E. 7832, Revillout Notice des papyrus démotiques archaiques p. 366 (Griffith, Inventory in Demotic Papyrus of the John Rylands Library 1, 22 No. 28. Übers. S. 57) aus dem 32 Jahre des Amasis. Über die Verwendung des ägyptischen Kaufformulars zu den Zwecken der letztwilligen Vergabung an gesetzliche Erben Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum ägypt. Bürgschaftsrechte S. 745f.

[2]) Zur hellenistischen Katagraphe Abh. 10 der Heidelberger Sitzungsberichte S. 8ff.; B. Schwarz, Zum Urkundenwesen der öffentlichen Urkunde S. 253ff., 291ff.

sich dem Erwerber als neuem Herrn unterwirft; dasselbe ist bei den ägyptischen Auflassungsgeschäften deutlich. Gerade weil man durch diese abstrakten Geschäfte den Simulationsabreden der Parteien gegenüber machtlos ist, finden sich in denselben Jahrhunderten in den verschiedenen Rechtsgebieten die Versuche, vor der Verfügung Klarheit darüber zu schaffen, daß die Parteien nicht einen verwerflichen Zweck oder ein Scheinmanöver mit der abstrakten Verfügung verfolgen. In Ainos wird im vierten Jahrhundert nach Theophrasts Bericht vor der Eintragung ins Register ein Eid verlangt, der vor der Registerbehörde von drei Dorfgenossen zu leisten ist.[1]) Käufer und Verkäufer müssen schwören, daß der Käufer ehrlich kaufe und nicht „im Einverständnis mit dem Veräußerer mit List und Tücke ein unehrliches Geschäft vornehme“. Im Zusammenhange mit den öffentlichen Registern der Fertigungen gibt es ein *γραφεῖον τῶν ὅρκων* in Knidos.[2]) Im griechischen Ägypten steht ein ähnlicher Eid, in welchem der Grundstücksveräußerer schwören muß, den Preis erhalten zu haben, in P. Oxy. 100 noch im Jahre 133 nach Christus, und wir müssen ähnliche Eide zu dem griechischen Publizitätsrecht der Ptolemäerzeit vermuten, wenn sie dort auch noch nicht unmittelbar belegt sind.[3]) Ebenso wie in griechischen Rechten der Gedanke, daß eine Simulationsabrede an der Wirksamkeit des abstrakten Geschäftes nichts ändern kann und daher nur durch solche Glaubhaftmachung gegen

[1]) Stob. Flor. XLIV, 22, 3: . . *καὶ ὀμνύειν ἐναντίον τῆς ἀρχῆς (τῆς) ἐγγραφούσης καὶ κωμητῶν τριῶν, ἦ μὴν ὠνεῖσθαι δικαίως, μηδὲν συγκακουργοῦντα μήτε τέχνῃ μήτε μηχανῇ μηδεμιᾷ· τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον καὶ τὸν πωλοῦντα πωλεῖν ἀδόλως.* Dazu Glotz, Solidarité de la famille dans le droit criminel de la Grèce S. 194 ff. Es ist möglich, daß diese Vorsicht gegenüber der Simulation darauf beruht, daß die Verwandten des Veräußerers Retraktrecht haben und daher zum wirksamen Erwerbe zustimmen müssen. Hat sich der Veräußerer mit einem Käufer geeinigt, der zunächst erwerben und dann an einen anderen weitergeben soll, so kann das Grundstück in Hände übergehen, welche der Familie des Veräußerers nicht genehm sind.

[2]) Dareste, Bull. de corr. hell. 4, 341 ff. zu dem Register der Eide in Knidos.

[3]) Zu dem P. Eleph. 4 vgl. Sethe-Partsch, Demotische Urkunden, S. 319 f., 654 Anm. 1. Der Eid ist hier von dem Vollstreckungsschuldner

die Simulation angekämpft werden kann, deutlich ist, findet sich andererseits in der prätorischen Praxis vor der in iure cessio eine ähnliche probatio causae.[1]) Wir können sie bei der Stabfreilassung und bei der Adoption beobachten. Bei der Adoption legt das senatus consultum vom Jahre 577 d. St. (Liv. 41, 8) dem Latiner, der seinen Abkömmlingen Adoption gibt, um dadurch in der Heimatgemeinde einen Sohn zurückzulassen, den Eid auf, daß die Adoption nicht civitatis mutandae causa geschehe.[2]) Wird die Adoption gleichwohl zu diesem Zwecke vorgenommen, so ist der Schleichweg erfolgreich gewesen. Daher muß ein besonderes Gesetz, eine lex Claudia, ergehen, welche das Manöver entkräftet, damit nicht die Heimatgemeinde des auswandernden Latiners, der kraft des Auswanderungsrechtes römisches Bürgerrecht erwirbt, geschädigt werde.[3]) Der Glaubhaftmachungseid ist hierbei nicht als Ausnahmemaßregel zu denken. Er ist anscheinend immer vor der legis actio verlangt worden, ne qua calumnia, ne qua fraus neque dolus adhibeatur. Ist das Scheinmanöver offenbar, so verweigert wohl der Magistrat die legis actio. Denn entsprechend findet sich bei der Arrogation eine Verhandlung vor dem Kollegium der Pontifices, in welcher vor dem Komitialakt geprüft wird, welches die causa adoptandi ist, ne qua calumnia, ne qua fraus, ne qui dolus adhibeatur (Cic. dom. 14, 36).

---

nach erteiltem Zuschlag geleistet und bezieht sich nur auf das Eigentum des Vollstreckungsschuldners.

[1]) Bisher wurde das causam probare nur im Zusammenhange mit der lex Aelia Sentia erwogen.

[2]) Über hellenistische Strafklagen wegen Lüge bei der Glaubhaftmachung ist in dem Materiale nichts überliefert. Unwirksamkeit wegen Verschweigens der Simulationsabrede oder wegen Gläubigerbenachteiligung ist auch nicht nachzuweisen. Und dennoch wird an Gesetze, welche die Lüge bei der probatio causae in hellenistischen Rechtsordnungen trafen, zu denken sein, wenn wir geschichtliche Vorbilder für die Bestimmung der lex Aelia Sentia suchen wollen, welche die Freilassung zum Nachteile der Gläubiger mit Unwirksamkeit diesen gegenüber, nach dem Gesetzestext selbst mit Nichtigkeit, trifft.

[3]) Liv. 41, 8, 12, dazu Mommsen, Staatsrecht 3, 460, 1. Wlassak, Z. Sav.-St. 28 (1907), 18, 19, 107. — Girard, Organisation judiciaire 1, 195. Mélanges de droit romain p. 140f. Rotondi, Atti in frode alle legge p. 50. Leges publicae p. 280.

Die probatio causae vor der Arrogation wird noch im zweiten Jahrhundert nach Christus von dem Digestenjuristen erwähnt (Marcell. D. 1, 7, 18). Wenn die Glaubhaftmachung nichts ergab und daraufhin die legis actio erfolgte, war gegen die Wirksamkeit des Geschäftes offenbar nichts mehr zu machen. Das wird besonders im Falle des Clodius klar. Die Adoption durch Fonteius war ein Scheingeschäft wie nur je eines. Cicero führt zur Begründung an, daß die Adoption nicht zur Entstehung eines Gewaltverhältnisses vorgenommen wurde, da Fonteius sofort wieder emanzipierte. Sie war auch nicht zur Entstehung des zivilen Erbrechtes vorgenommen.[1]) Aber es ist doch offenbar, daß, mag auch Cicero es so darstellen, als ob es nach Zivilrecht nichtig gewesen wäre, gegen die Wirksamkeit der Arrogation nichts eingewendet werden konnte.[2]) Wie fern dabei dem Redner noch der Gedanke an das simulierte Geschäft im Sinne des byzantinischen Rechtes liegt, wird durch eine Einzelheit klar, die es verdient, hervorgehoben zu werden. Soeben war die pontifikale Praxis erwähnt worden, welche nicht zuließ, daß der Adoptierende jünger als der Adoptierte war, „damit diese nachgeahmte Art, sich einen Sohn zu verschaffen (simulata adeptio filii), möglichst dem natürlichen Verhältnisse zu den leiblichen Kindern entspreche".[3]) Simulata adeptio ist hier gerade die normale Arrogation, ein Scheinmanöver kann nicht als echter Fall solcher simulata adeptio angesprochen werden. Wer in diesem Zusammenhange von simulata adeptio spricht, kann unmöglich das Scheingeschäft der späteren Quellen als simulatum oder als nichtig gekannt haben.

---

[1]) De domo 13, 35: Tu neque Fonteius es qui esse debebas neque patris heres neque amissis sacris paternis in haec adoptiva venisti.

[2]) Zur Arrogation des Clodius Sueton Div. Jul. c. 20. Cic. ad Att. VI, 7, 2; 9, 1. Zum Zeitansatz vgl. jetzt Ed. Meyer, Caesars Monarchie, S. 73. Zur Rechtsfrage Mommsen, Röm. Forschungen 1, 7. Staatsrecht 3, 138, 2.

[3]) Ut haec simulata adeptio filii quam maxime veritatem illam suscipiendorum liberorum imitata esse videatur. Zu simulare statt similare, vgl. die Dichter Vergil 6, 517. Properz 4, 5, 29, 34 und Wölfflin, Arch. f. lat. Lexikogr. 11, 355.

Für die Republik bleibt als einziges Zeugnis, welches nahelegen könnte, daß bei der Simulation das zivile Geschäft nichtig wird, die oft genannte Stelle des Varro, l. Lat. 6, 69:

Spondere est dicere spondeo; . . . 72 A quo sponte dicere respondere quoque dixerunt, cum ad spontem responderent, id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dixit spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque is qui dicit in tragoedia: „Meministine te spondere mihi gnatam tua?“ quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.

Die Stelle zeigt nur, daß Varro, wie er es immer tut, nach dem Lehrbuche des Chrysippos die übliche stoische Etymologie nach dem Wortklang auch für die sponsio bildete, indem er in ihr das sponte und ad spontem Erklärte sah. Vielleicht klingt darin schon die seit Aristoteles übliche Feststellung mit, daß die freiwilligen Rechtsbeziehungen gemäß dem Willen der Parteien, *κατὰ προαίρεσιν* entstehen. Aber eine römische Willenstheorie, die mit ähnlicher Konsequenz wie das spätrömische Willensdogma der Byzantiner durchgebildet war, wird man aus solchen Zeugnissen niemals erweisen können. Wer die dogmatischen Vorstellungen, aus denen wir heute Bedenken haben, bei den Zwangsverträgen des modernsten Rechtes vom privatrechtlichen Vertrage zu sprechen, im Altertum suchen wollte, müßte sich mit den Tatsachen auseinandersetzen, welche zeigen, daß die Zwangsgewalt des Herrn die wirksame Stipulation des bona fide serviens nicht ausschließt, daß der Staat vielfach das Zustandekommen von Verträgen erzwingt, eben deswegen, weil die Theorie des byzantinischen Rechtes noch im weiten Felde ist, nach welcher jeder Vertrag den freien, selbstbestimmten Willen (*ἑκουσίαι γνώμῃ, αὐθαιρέτῳ προαιρέσει*) voraussetzt. In der römischen Rechtsordnung gibt es die vom Prätor bestimmten Kautionen, die lex Rubria kennt sogar eine fingierte Stipulation statt freiwilliger cautio damni infecti. Im Gemeindeverwaltungsrecht gibt es das Zwangsdarlehen, durch welches

der einzelne Private die Haftung für die ihm überwiesenen Gemeindegelder übernimmt[1]), und schon die hellenistische Wirtschaft hat in den Diadochenstaaten die Zwangspacht ausgebildet, durch welche der Staat einem Bauern ein sonst nicht zu bestellendes Domänengrundstück zuweist.[2]) Richtig ist nur, daß Varro seine Etymologie mit einer juristischen Entscheidung belegt, nach welcher der Schauspieler auf dem Theater nicht persönlich aus einem Versprechen haftbar gemacht werden kann, das in seiner Rolle lag. Für die Frage der geschäftlichen Simulationsabrede folgt daraus nichts. Auch die Digesten enthalten ja die Entscheidung des zweiten Jahrhunderts über die rechtliche Unerheblichkeit der Scherzerklärung oder der im Lehrvertrage vorkommenden sponsio (Paul. D. 44, 7, 3, 2). Und doch ist bei der Stipulation, wie schon die Glossatoren wußten, eine nach Zivilrecht wirksame Haftung gegeben, welche gegebenenfalls durch exceptio entkräftet wird, ohne daß jemals eine „Umdeutung nach Maßgabe des verdeckten Geschäftes" in Betracht kommt.[3])

Das Zeitalter Ciceros versteht unter dem simulare etwas anderes als das Scheingeschäft. Es bedeutet nur die von einer Person wahrheitswidrig vorgenommene Vorspiegelung einer Tatsache. Deswegen nahm Aquilius Gallus in seine Definition des Dolus die berühmten Worte auf: „cum esset aliud simulatum, aliud actum".[4]) Wer trügerisch dem

---

[1]) Vgl. Z. Sav.-St. 29, 411, 1.

[2]) Rostowzew, Studien zur Gesch. des Kolonates S. 53ff., 194ff. Oertel, Die Liturgie S. 26ff., 94ff.

[3]) Cod. 4, 2, 6. 8; 4, 30, 5. In Cod. 4, 2, 6 ist der Satz „cum obligationis non defecerat substantia" sicher interpoliert, da er verkennt, daß nach klassischem Rechte aus Verbalvertrag allein die Haftung entsteht. Es ist justinianisches Recht, daß es auf den contractus re et verbis ankommen soll, wie in D. 44, 7, 52, 3 interpoliert wurde. Zu dem letzteren an anderer Stelle Ausführliches. — „simulatis pro infectis habitis" ist die übliche Interpolation, über welche unten zu III.

[4]) Cic. de off. 3, 14, 60; 15, 61—68. D. 4, 3, 2, 1: Servius und Labeo D. 2, 14, 7, 9: Pedius. Danach Quintilian inst. or. 6, 2, 15: virtus simulationis, satisfaciendi rogandi *εἰρώνεια,* quae diversum ei quod dicit intellectum petit. — Glossas corp. gloss. lat. 4, 391, 36; 285. Eine der ältesten Anspielungen der Literatur auf die Definition des Aquilius Gallus steht bei Sallust bell. Jugurth. 111: ad simulandam pacem . . . quae utilia visa constituunt. Ita composito dolo digrediuntur.

Für die Republik bleibt als einziges Zeugnis, welches nahelegen könnte, daß bei der Simulation das zivile Geschäft nichtig wird, die oft genannte Stelle des Varro, l. Lat. 6, 69:

> Spondere est dicere spondeo; . . . 72 A quo sponte dicere respondere quoque dixerunt, cum ad spontem responderent, id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dixit spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque is qui dicit in tragoedia: „Meministine te spondere mihi gnatam tua?" quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.

Die Stelle zeigt nur, daß Varro, wie er es immer tut, nach dem Lehrbuche des Chrysippos die übliche stoische Etymologie nach dem Wortklang auch für die sponsio bildete, indem er in ihr das sponte und ad spontem Erklärte sah. Vielleicht klingt darin schon die seit Aristoteles übliche Feststellung mit, daß die freiwilligen Rechtsbeziehungen gemäß dem Willen der Parteien, *κατὰ προαίρεσιν* entstehen. Aber eine römische Willenstheorie, die mit ähnlicher Konsequenz wie das spätrömische Willensdogma der Byzantiner durchgebildet war, wird man aus solchen Zeugnissen niemals erweisen können. Wer die dogmatischen Vorstellungen, aus denen wir heute Bedenken haben, bei den Zwangsverträgen des modernsten Rechtes vom privatrechtlichen Vertrage zu sprechen, im Altertum suchen wollte, müßte sich mit den Tatsachen auseinandersetzen, welche zeigen, daß die Zwangsgewalt des Herrn die wirksame Stipulation des bona fide serviens nicht ausschließt, daß der Staat vielfach das Zustandekommen von Verträgen erzwingt, eben deswegen, weil die Theorie des byzantinischen Rechtes noch im weiten Felde ist, nach welcher jeder Vertrag den freien, selbstbestimmten Willen (*ἑκουσίαι γνώμηι, αὐθαιρέτῳ προαιρέσει*) voraussetzt. In der römischen Rechtsordnung gibt es die vom Prätor bestimmten Kautionen, die lex Rubria kennt sogar eine fingierte Stipulation statt freiwilliger cautio damni infecti. Im Gemeindeverwaltungsrecht gibt es das Zwangsdarlehen, durch welches

der einzelne Private die Haftung für die ihm überwiesenen Gemeindegelder übernimmt[1]), und schon die hellenistische Wirtschaft hat in den Diadochenstaaten die Zwangspacht ausgebildet, durch welche der Staat einem Bauern ein sonst nicht zu bestellendes Domänengrundstück zuweist.[2]) Richtig ist nur, daß Varro seine Etymologie mit einer juristischen Entscheidung belegt, nach welcher der Schauspieler auf dem Theater nicht persönlich aus einem Versprechen haftbar gemacht werden kann, das in seiner Rolle lag. Für die Frage der geschäftlichen Simulationsabrede folgt daraus nichts. Auch die Digesten enthalten ja die Entscheidung des zweiten Jahrhunderts über die rechtliche Unerheblichkeit der Scherzerklärung oder der im Lehrvertrage vorkommenden sponsio (Paul. D. 44, 7, 3, 2). Und doch ist bei der Stipulation, wie schon die Glossatoren wußten, eine nach Zivilrecht wirksame Haftung gegeben, welche gegebenenfalls durch exceptio entkräftet wird, ohne daß jemals eine „Umdeutung nach Maßgabe des verdeckten Geschäftes" in Betracht kommt.[3])

Das Zeitalter Ciceros versteht unter dem simulare etwas anderes als das Scheingeschäft. Es bedeutet nur die von einer Person wahrheitswidrig vorgenommene Vorspiegelung einer Tatsache. Deswegen nahm Aquilius Gallus in seine Definition des Dolus die berühmten Worte auf: „cum esset aliud simulatum, aliud actum".[4]) Wer trügerisch dem

[1]) Vgl. Z. Sav.-St. 29, 411, 1.

[2]) Rostowzew, Studien zur Gesch. des Kolonates S. 53ff., 194ff. Oertel, Die Liturgie S. 26ff., 94ff.

[3]) Cod. 4, 2, 6. 8; 4, 30, 5. In Cod. 4, 2, 6 ist der Satz „cum obligationis non defecerat substantia" sicher interpoliert, da er verkennt, daß nach klassischem Rechte aus Verbalvertrag allein die Haftung entsteht. Es ist justinianisches Recht, daß es auf den contractus re et verbis ankommen soll, wie in D. 44, 7, 52, 3 interpoliert wurde. Zu dem letzteren an anderer Stelle Ausführliches. — „simulatis pro infectis habitis" ist die übliche Interpolation, über welche unten zu III.

[4]) Cic. de off. 3, 14, 60; 15, 61—68. D. 4, 3, 2, 1: Servius und Labeo D. 2, 14, 7, 9: Pedius. Danach Quintilian inst. or. 6, 2, 15: virtus simulationis, satisfaciendi rogandi εἰρώνεια, quae diversum ei quod dicit intellectum petit. — Glossas corp. gloss. lat. 4, 391, 36; 285. Eine der ältesten Anspielungen der Literatur auf die Definition des Aquilius Gallus steht bei Sallust bell. Jugurth. 111: ad simulandam pacem . . . quae utilia visa constituunt. Ita composito dolo digrediuntur.

Für die Republik bleibt als einziges Zeugnis, welches nahelegen könnte, daß bei der Simulation das zivile Geschäft nichtig wird, die oft genannte Stelle des Varro, l. Lat. 6, 69:

Spondere est dicere spondeo; . . . 72 A quo sponte dicere respondere quoque dixerunt, cum ad spontem responderent, id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille statim, qui dixit spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque is qui dicit in tragoedia: „Meministine te spondere mihi gnatam tua?“ quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu.

Die Stelle zeigt nur, daß Varro, wie er es immer tut, nach dem Lehrbuche des Chrysippos die übliche stoische Etymologie nach dem Wortklang auch für die sponsio bildete, indem er in ihr das sponte und ad spontem Erklärte sah. Vielleicht klingt darin schon die seit Aristoteles übliche Feststellung mit, daß die freiwilligen Rechtsbeziehungen gemäß dem Willen der Parteien, *κατὰ προαίρεσιν* entstehen. Aber eine römische Willenstheorie, die mit ähnlicher Konsequenz wie das spätrömische Willensdogma der Byzantiner durchgebildet war, wird man aus solchen Zeugnissen niemals erweisen können. Wer die dogmatischen Vorstellungen, aus denen wir heute Bedenken haben, bei den Zwangsverträgen des modernsten Rechtes vom privatrechtlichen Vertrage zu sprechen, im Altertum suchen wollte, müßte sich mit den Tatsachen auseinandersetzen, welche zeigen, daß die Zwangsgewalt des Herrn die wirksame Stipulation des bona fide serviens nicht ausschließt, daß der Staat vielfach das Zustandekommen von Verträgen erzwingt, eben deswegen, weil die Theorie des byzantinischen Rechtes noch im weiten Felde ist, nach welcher jeder Vertrag den freien, selbstbestimmten Willen (*ἑκουσίαι γνώμῃ, αὐθαιρέτῳ προαιρέσει*) voraussetzt. In der römischen Rechtsordnung gibt es die vom Prätor bestimmten Kautionen, die lex Rubria kennt sogar eine fingierte Stipulation statt freiwilliger cautio damni infecti. Im Gemeindeverwaltungsrecht gibt es das Zwangsdarlehen, durch welches

der einzelne Private die Haftung für die ihm überwiesenen Gemeindegelder übernimmt[1]), und schon die hellenistische Wirtschaft hat in den Diadochenstaaten die Zwangspacht ausgebildet, durch welche der Staat einem Bauern ein sonst nicht zu bestellendes Domänengrundstück zuweist.[2]) Richtig ist nur, daß Varro seine Etymologie mit einer juristischen Entscheidung belegt, nach welcher der Schauspieler auf dem Theater nicht persönlich aus einem Versprechen haftbar gemacht werden kann, das in seiner Rolle lag. Für die Frage der geschäftlichen Simulationsabrede folgt daraus nichts. Auch die Digesten enthalten ja die Entscheidung des zweiten Jahrhunderts über die rechtliche Unerheblichkeit der Scherzerklärung oder der im Lehrvertrage vorkommenden sponsio (Paul. D. 44, 7, 3, 2). Und doch ist bei der Stipulation, wie schon die Glossatoren wußten, eine nach Zivilrecht wirksame Haftung gegeben, welche gegebenenfalls durch exceptio entkräftet wird, ohne daß jemals eine „Umdeutung nach Maßgabe des verdeckten Geschäftes“ in Betracht kommt.[3])

Das Zeitalter Ciceros versteht unter dem simulare etwas anderes als das Scheingeschäft. Es bedeutet nur die von einer Person wahrheitswidrig vorgenommene Vorspiegelung einer Tatsache. Deswegen nahm Aquilius Gallus in seine Definition des Dolus die berühmten Worte auf: „cum esset aliud simulatum, aliud actum“.[4]) Wer trügerisch dem

---

[1]) Vgl. Z. Sav.-St. 29, 411, 1.

[2]) Rostowzew, Studien zur Gesch. des Kolonates S. 53ff., 194ff. Oertel, Die Liturgie S. 26ff., 94ff.

[3]) Cod. 4, 2, 6. 8; 4, 30, 5. In Cod. 4, 2, 6 ist der Satz „cum obligationis non defecerat substantia“ sicher interpoliert, da er verkennt, daß nach klassischem Rechte aus Verbalvertrag allein die Haftung entsteht. Es ist justinianisches Recht, daß es auf den contractus re et verbis ankommen soll, wie in D. 44, 7, 52, 3 interpoliert wurde. Zu dem letzteren an anderer Stelle Ausführliches. — „simulatis pro infectis habitis“ ist die übliche Interpolation, über welche unten zu III.

[4]) Cic. de off. 3, 14, 60; 15, 61—68. D. 4, 3, 2, 1: Servius und Labeo D. 2, 14, 7, 9: Pedius. Danach Quintilian inst. or. 6, 2, 15: virtus simulationis, satisfaciendi rogandi εἰρώνεια, quae diversum ei quod dicit intellectum petit. — Glossas corp. gloss. lat. 4, 391, 36; 285. Eine der ältesten Anspielungen der Literatur auf die Definition des Aquilius Gallus steht bei Sallust bell. Jugurth. 111: ad simulandam pacem . . . quae utilia visa constituunt. Ita composito dolo digrediuntur.

Käufer vorspiegelte, daß das verkaufte Grundstück besonders günstig gelegen sei, während er beabsichtigt, den Käufer zu prellen, haftet wegen betrügerischer Simulation, und zwar nach republikanischem Rechte wohl nur mit actio de dolo.[1]) Das simulare ist also das einseitige Vorspiegeln, nicht die einverständlich von den Parteien zugrunde gelegte Simulationsabrede. Simulatum comitium ist eine nach römischem — oder griechischem — Stadtrechte einberufene Wahlversammlung, wenn der Einberufer die zu Wählenden willkürlich bestimmt.[2]) Von simulata emptio spricht Cicero, wenn in den Gemeindeakten steht, daß Verres ein Meisterwerk der griechischen Kunst um einen bestimmten Preis von der sizilischen Stadt gekauft habe, während er in Wirklichkeit die Statue raubte oder stahl.[3]) Daran, daß bei wirklichem Vertragsschlusse auch bei Erpressung oder Betrug zunächst ein wirksames Geschäft vorliegt, ist nach Ciceros Worten nicht zu zweifeln. Simulata emptio ist hier der erlogene, der tatsächlich nicht getätigte Kauf, gerade wie die simulata largitio in Cicero L. agr. 2, 76 die angebliche Schenkung ans Volk ist, die vom Redner als Verschleuderung des Gemeindelandes dargestellt wird. In beiden Fällen ist der Ausdruck simulare gewählt, um einem, den der Redner angreift, den Vorwurf falscher Tatsachenbehauptung zu machen. Nur dieser Wortbedeutung entspricht endlich der gesamte Sprachgebrauch der römischen Literatur bei Plautus[4]), Vergil[5]), Horaz[6]), Ovid[7]), Properz[8]), Cicero[9]), Sallust[10]), Livius[11]), Cornelius Nepos[12]), Tacitus[13]), Quinti-

[1]) Cic. de off. 3, 15, 61. Dazu Haymann, Haftung des Verkäufers 1, 48.

[2]) Cic. in Verr. 2, 54, 136. [3]) Cic. in Verr. 4, 60, 134.

[4]) Plaut. Persa 84. 677. Mil. 196. 909. Amphitryo 200. Asin. 196. Curc. 391.

[5]) Verg. Aen. 1, 710; 4, 105. [6]) Horat. sat. 2, 7, 56 ep. 1, 19, 13.

[7]) Ovid Metam. 2, 697; 4, 338; 13, 299.

[8]) Prop. Eleg. 1, 11, 7; 4, 5, 29, 34; 2, 24, 47.

[9]) Für Cicero vgl. die Lexika von Merguet. s. v. simulare, simulatio.

[10]) Sallust Cat. 5. — hist. 4, 12: simulato quo impio testamento. Gemeint ist das Testament des Attalos zugunsten des römischen Volkes. Es soll nach Mithridates erlogen sein. Mit juristischem Scheingeschäfte hat es nichts zu tun.

[11]) Liv. 1, 56, 7; 25, 8, 12.

[12]) Corn. Nepos 9, 5, 3; 4, 2, 2; 23, 9, 3. [13]) Tac. Lex Gerber und Greef.

lian[1]), Petron[2]), soweit simulare nicht im Sinne von similare, nachahmen, nachbilden gebraucht ist.

II.

Durch die augustische Gesetzgebung der lex Julia de maritandis ordinibus scheint der Anfangspunkt für die spätere Behandlung der simulierten Geschäfte gegeben, nicht durch die Anerkennung einer allgemeinen Regel über die Nichtigkeit des Scheingeschäftes. Vielmehr ist offenbar der Terminus negotium simulatum zunächst auf die Umgehungsgeschäfte gegen die augustischen Gesetze angewendet worden. Die hier als simuliert bezeichneten Geschäfte waren nicht schlechthin unwirksam, sondern wurden nur durch Spezialbestimmungen als Schleichwege unbrauchbar, indem diese verordneten, daß der Schleichweg gegenüber der lex Julia und der lex Papia Poppaea nichts helfe. Aber wie wir heute im modernsten deutschen Fiskalrechte sehr wohl die Frage scheiden müssen, ob das Umgehungsgeschäft privatrechtlich unwirksam ist und ob der Schleichweg steuerrechtlich nützt[3]), scheint es auch in der römischen Ordnung des ersten Jahrhunderts nach Chr. gewesen zu sein. Dabei erscheinen nun neben den Umgehungsgeschäften auch solche Fälle, in denen die Parteien behaupten, daß ein rechtlicher Tatbestand vorliegt, während er in Wirklichkeit nicht gegeben ist. Auch solch erlogener Tatbestand heißt hier simuliert.

Durch die lex Julia de maritandis ordinibus werden die Rechtsnachteile der Ehelosen geschaffen, durch die lex Papia ausgebaut und ergänzt durch die Behandlung der Kinderlosen.[4]) Wer bei der Wahl zum Magistrat den Vorrang haben wollte, wer Erleichterung von den Staatsfrohnden haben wollte, mußte Kinder nachweisen. Nach älterem

---

[1]) inst. or. 6, 2, 15; 6, 3, 85, 92; 9, 2, 19.

[2]) Petr. vera redit facies cum simulata perit v. 140.

[3]) Reichsabgabenordnung (13. 12. 19. RGBl. S. 1993) art. 5. Dazu Koppe, Jahrbuch des Steuerrechts 1920 S. 48.

[4]) Dazu Hartmann, Zeitschr. f. Rechtsgesch. 5, 221. Jörs, Über das Verhältnis der lex Julia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea (Diss. Bonn, 1882) S. 31. Kniep, Gaius inst. comm. II, 424. Über die neuen Belege aus dem Gnomon des Idios Logos Lenel-Partsch, Heidelberger Sitzungsberichte 1920, 1. Abh. S. 14ff.

Rechte konnte man zu diesem Zwecke adoptieren. Man emanzipierte eben sogleich nach Erlangung des Amtes den zu diesem Zwecke Adoptierten wieder! Da ergeht unter Nero ein Senatsbeschluß (Tac. ann. 15, 19: ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici adiuvaret ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset). Also die zur Umgehung der Gesetze vorgenommene Adoption ist nicht nichtig nach Zivilrecht. Sie schützt nur nicht vor den Rechtsnachteilen der orbi und sichert nicht die Vorteile der ehelichen Vaterschaft. Ob die Worte simulata adoptio im Texte des Senatsbeschlusses standen, kann sehr zweifelhaft sein.[1]) Gemeint war wohl, daß bei der Glaubhaftmachung vor dem Magistrat erklärt werden mußte, daß die Adoption sine fraude vorgenommen werde und daß, wenn nachher gleichwohl schnelle Emanzipation erfolgte oder wenn es sich ergab, daß durch eine Treuhandsklausel das Gewaltverhältnis wegbedungen wurde[2]), die incapacitas nicht vermieden werden sollte und vielleicht auch, daß wegen der Erschleichung des Amtes eine strafrechtliche Folge[3]), vielleicht auch der Amtsverlust[4]), Platz greifen sollte.

[1]) Richtig Rotondi, Atti in frode alle legge p. 70.

[2]) Diese Möglichkeit muß nach der fiducia bei der coemptio (Gai. I, 114—115b) erwogen werden.

[3]) In Betracht käme einer der Senatsschlüsse, welche die Strafen der lex Cornelia de falsis auf neue Tatbestände ausdehnten. Die justinianische Überarbeitung, die neben dem falsum offenbar durch Interpolationen das quasi falsum geschaffen hat (D. 48, 10, 1, 13. D. 48, 10, 14, 1. — fr. 27 pr. und für die byzantinische Definition des quasi falsum das Scholion Bas. 60, 41, 1, Heimbach 5, 775, 777), vermag den Quellentatbestand nicht zu verdunkeln. Die Klassiker kannten kasuistisch vorgehende Senatsschlüsse, wie sie in Coll. 8, 7, 1 und Paul sent. 5, 25, 8 hervortreten. Ich möchte für wahrscheinlich halten, daß durch solche Senatsbeschlüsse die ägyptischen Präfektenedikte über die Akatallelie angeregt wurden (Gnomon des Idios Logos § 37, 42, 43, 53, 56). Die Fälschungen des Personenstandes gehörten zweifellos unter solche ausdehnende Bestimmungen, vgl. D. 48, 10, 27, 2. Die Darstellung bei Mommsen, Strafr. S. 670ff. hat den Versuch, zwischen der lex Cornelia und den späteren Erweiterungen derselben zu scheiden, machen wollen, ist aber, da sie die Interpolationsfrage nicht richtig stellte, nicht weit genug mit der Scheidung gekommen.

[4]) Über die erschlichene Wahl und die Amtsentsetzung fehlen wohl die Belege aus der Zeit, Mommsen, Staatsrecht 3, 364 A 3. 1, 626ff.

In denselben Zusammenhang gehört die Gaiusstelle D. 23, 3, 30 Gai. lib. V ad legem Juliam et Papiam: Simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

Die ganze gemeinrechtliche Literatur zieht ebenso, wie es schon die Glosse tat, das Fragment zum allgemeinen Satz über die Nichtigkeit der Scheingeschäfte. Aber von der Scheinehe als Rechtsgeschäft kann das klassische Recht füglich nicht gesprochen haben. Zur Ehe gehört nach römischem Recht das tatsächliche Zusammenleben auf Grund des Konsenses der Gatten. Entweder bestand dieses Zusammenleben, dann war von einem Schein nur dann die Rede, wenn die Zusammenlebenden in Wahrheit von der Ehegemeinschaft ausgeschlossen waren. Dann bestanden in Wirklichkeit keine justae nuptiae. Oder es bestand kein Zusammenleben und dann kann eine „erlogene Heirat" nur bedeuten, daß das Pärchen bewußt die unrichtige Behauptung aufgestellt habe, es sei verheiratet. Von einem Scheingeschäfte im modernen Sinne kann doch wohl keine Rede sein, wenn es für die Frage, ob Ehe besteht, nicht nur auf Erklärung der Gatten, sondern auf die Tatsache des Zusammenlebens ankommt. Die Stelle trifft offenbar, wie schon Lenel hervorhob[1]), die Versuche, den Rechtsfolgen des Zölibates durch allerlei Schleichwege zu entgehen. Wer die Nichtbürgerin, mit der er zusammen lebte, als Römerin ausgab, wer die Freigelassene, mit der er nur im Konkubinat leben konnte, als Freigeborene ausgab, wer mit einem Mädchen zwei Jahre verlobt war und deswegen die Gleichstellung mit den Ehemännern beanspruchte[2]), mußte sich solche nuptiae simulatae entgegenhalten lassen, ebenso wie etwa der coemptionator, der nicht matrimonii causa die mancipatio vollzogen hatte. Für die ganze Auffassung des Scheingeschäftes im ersten Jahrhundert nach Chr. ist der Brief des jüngeren Plinius wichtig (ep. 5, 1). Er ist von der Erblasserin Pomponia Galla, die ihren Sohn Asudius Curianus nicht zum Erben eingesetzt (Plin. sagt „exherediert") hatte, selbst im Testament als Erbe eingesetzt worden neben

---

[1]) Palingenesia I, Gai. fr. 449.

[2]) Hartmann a. a. O. 221, Jörs a. a. O.

anderen Miterben. Curianus versucht, sich auf die Praxis des Gerichtes der hundert Männer zu berufen und hat angeblich den Plinius gebeten, entweder freiwillig und außergerichtlich oder durch confessio in iure ihm seinen Platz als Erben zu räumen. Gleichzeitig hat er ihm angeboten, mit ihm eine Simulationsabrede dahin zu schließen, daß er dem Plinius den auf ihn fallenden Anteil schenkweise zur Verfügung halten werde. Plinius lehnt das ab, weil solche Heimlichtuerei seinem Charakter zuwider sei. Er fände es außerdem nicht anständig, non esse satis honestum, daß er auf diesem Wege einem vermögenden kinderlosen Manne zu einer Zuwendung verhelfe. Dagegen sei er bereit, das Noterbrecht des Asudius anzuerkennen, wenn er die Überzeugung gewänne, daß jener ohne Grund bei der Erbfolge übergangen sei. Plinius erzählt den ganzen Fall, um nachher mit gebührender Bescheidenheit auseinanderzusetzen, welche glänzende Rolle er bei der Erledigung des Rechtsstreites zwischen Asudius und den Miterben gespielt hätte. Die Argumente, welche den Briefschreiber gehindert haben sollen, sich auf das simulierte Anerkenntnis einzulassen, sind sehr exakt formuliert. Um so mehr fällt auf, daß der einfache Gedanke, eine Scheinerklärung würde nichtig sein, dem Briefschreiber ganz fern zu liegen scheint. Das ist nicht nur im allgemeinen für unsere Frage erheblich, sondern auch für die Umgehung der augustischen Gesetze interessant. Es galt nur als unanständig, daß man die incapacitas dadurch umging, daß der eingesetzte Erbe dem vermögenden Kinderlosen gegenüber ein Anerkenntnis auf die querela erklärte und dadurch ein Ergebnis herbeiführte, das bei testamentarischer Bedenkung des Kinderlosen von der lex Papia ausgeschlossen war.[1])

Wenn man annimmt, daß die augustische Gesetzgebung das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten bestätigte, gehört in denselben Zusammenhang die Frage, inwiefern

[1]) Die Darlegung stimmt überein mit den Feststellungen Rotondis, nach welchen kein allgemeiner Satz über die Nichtigkeit der Umgehungshandlungen weder im Zivilrecht noch in der prätorischen Praxis besteht, vielmehr die neuen Schleichwege durch neue kasuistische Einzelbestimmungen erfaßt werden müssen.



das klassische Recht hier die Vorstellung kannte, daß eine Scheidung wegen Scheines nichtig sein könnte. Wenn die Gatten sich trennten, nachher die Schenkung erfolgte und später die Gatten das Zusammenleben wieder aufnahmen, konnte man fragen, ob ein verum divortium vorliege oder ob nicht in Wahrheit die Ehe weiter bestanden habe und die Schenkung nichtig sein müsse. Nach dem Digestentext soll schon Trebatius entschieden haben: si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum contra.[1]) Vom Standpunkte des justinianischen Rechtes liegt hier zweifellos eine Scheidung als Scheingeschäft vor, indem es auf die Willenslage der Gatten für die Beurteilung der wirksamen Scheidung ankommt. Aber man darf sich durch den Text nicht täuschen lassen. Offenbar ist [si simulatum contra] eingesetzt. Diese Worte sind oberflächlich genug angeflickt. Sie unterbrechen den klassischen Gedankengang. Denn für den Klassiker kommt es eben nicht auf die Willenslage, sondern auf das objektive Verhalten nach der Scheidung an. Das wird mit Berufung auf die Prokulianer deutlich genug gesagt. Trebatius ist auch gar nicht der Mann, von dem man eine Beurteilung nach der Willenslage erwarten könnte.[2])

In Wahrheit handelt es sich bei dem simulatum divortium um ein Lieblingsthema des byzantinischen Rechtes[3]), das auch sonst in älteren Rechtsquellen durch Interpolation erscheint.[4])

---

[1]) D. 24, 1, 64.

[2]) D. 41, 1, 19: nec interesse quod senserit (sed quod fecerit Gl. Mommsen).

[3]) Cod. 5, 12, 30, 2; Nov. 12. c. 3 pr.; vgl. auch Nov. 74, c. 4.

[4]) Cod. 5, 17, 3 ist wahrscheinlich aus derselben Anschauung überarbeitet. Der Fall betraf einen Anspruch wegen Hintergehung des Bestellers der Dos. Die Ehegatten versuchen die ausbedungene Klausel über die Fälligkeit der actio ex stipulatu dadurch zu umgehen, daß sie sich zum Scheine trennen. Der Ehemann wird aus der Dolusklausel der Stipulation haftbar. Auf die Frage, ob die Scheidung privatrechtlich wirkt, kommt für die Entscheidung nichts an. Die Interpolation des § 3 folgt schon aus dem Anschluß enim § 2, enim § 3 wie aus dem Satzbau (imaginarios nuntios . . sive . . fingant se renuntiasse!). Daß die Scheidung zur Umgehung der lex Julia de adulteriis in D. 48, 5, 34 auf

III.

Das Recht der klassischen Juristen im zweiten und dritten Jahrhundert nach Chr. scheint ebensowenig den Rechtssatz gekannt zu haben, daß das Scheingeschäft nichtig sei. Es wäre schon auffällig, wenn die Juristen[1]) einerseits mit der gesamten Literatur[2]) das simulare gerade als das technische Wort für die arglistige Vorspiegelung von Tatsachen in der Definition des Dolus gebrauchen und wenn andererseits dasselbe Wort die Simulationsabrede beider Parteien, bei der doch von Tatsachenentstellung gar nicht die Rede ist, bezeichnen wollte. Über solche allgemeine

---

justinianischem Zusatze beruht, hat schon Rotondi wahrscheinlich gemacht (Atti p. 61). Die justinianischen Scheidungsverträge wie die repudia (Oxy 129; Mitt. Chrest. 296); Flor. 93 (Mitt. Chrest. 297). Cairo 67 311 enthalten auffallenderweise keine Klausel, welche den üblichen die Simulation ausschließenden Kautelen der Urkunde entsprechen. (Die P. Lond. V. konnte ich nicht heranziehen.)

[1]) Jul. D. 41, 4, 7, 2: qui se creditorem esse simulat. Pomp. 47, 2, 76 (75): qui simulabat se procuratorem esse. Marcel. 40, 5, 10, 2 . . . qui simulata servitute emptorem decepit. Ulp. D. 1, 18, 13, 1: utrum simulato furore facinus admisisset. D. 49, 16, 6, 5: qui metu hostium languorem simulavit. D. 14, 5, 6 qui se patrem familias simulavit. D. 24, 1, 3, 12: qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit . . . — In D. 47, 2, 43 pr. steht das qui se simulat creditorem im Glossem zu falsus creditor, auch in D. 46, 3, 18 ist wohl simulanti se procuratorem Glossem. — Macer D. 1, 18, 14. (Marc. et Comm.) matrem ab eo simulatione dementiae esse occisam. Paul. D. 18, 2, 14 Si venditor simulaverit meliorem allatam condicionem. D. 22, 1, 22: si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur. D. 48, 14, 11, 3: simulans se fisci creditorem . . .

[2]) Vgl. außer den oben unter II. nachgewiesenen Klassikerstellen auch die Kirchenschriftsteller des 2.—5. Jahrhunderts Arnobius adv. nationes IV, 35 fol. 96b (ed. Reifferscheid) p. 170: . . . et in species conjugum subditioni corporis simulatione succedere. Lactantius (Corp. scr. eccles. lat. XIX p. 129) et hoc omnes simulati numinis praestigio revelato quibus inducti homines a veritatis via longius recesserunt . . . Augustin, contra ep. Parmen. II, 10, 20 (Corp. scr. eccles. lat. 51 (7, 1) neque enim non tendunt pectora sua aut cum id faciunt, simulate faciunt . . ., aut non dicunt in oratione dominica: dimitte nobis debita nostra; contra Creson. 3, 72, 84 (7, 2, 489). Der Gedanke der Scheinerklärung tritt deutlich erst bei Ennodius auf, op. II. libellus pro synodo (corp. eccl. lat. 6, 298) dum simulato ferunt persecutionem se debere criminibus. Zu simulato vgl. A. Dubois, La latinité d'Ennodius, Paris 1903 (thèse) p. 165, der hier eine expression plus ancienne annimmt.

Wahrscheinlichkeit hinaus aber können wir heute weiter sehen. Es ist bezeichnend, daß die Byzantiner in der Sammlung der Fragmente, welche alte Rechtsregeln des klassischen Rechtes enthalten, im Titel D. 50, 17 nicht den Satz haben, daß das simulierte Rechtsgeschäft nichtig sei. Man brachte es nur zu dem Satze: imaginaria venditio non est pretio accedente.[1]) Wo die Regel, daß das Scheingeschäft nichtig ist, deutlich auftritt, zeigt schon Form und Inhalt, daß sie interpoliert ist. Es handelt sich um die ständig wiederkehrenden Zusätze, wie simulatis pro infectis habitis, welche offenbar in der ersten Edition des Kodex die Regel neu formuliert haben — zunächst die Reskripte, meist Diokletians:

Cod. 2, 4, 21 . . . [his quae simulate geruntur pro infectis habitis].

Geklagt war aus einem Vergleich, in welchem dem einen Teil eine Sache zugesprochen wurde, indem der andere Teil die Gewährleistung wie ein Verkäufer übernahm. Nach dem Tatbestande liegt gar kein Scheingeschäft vor, sondern nur eine Heranziehung der Kaufgrundsätze für die Haftung aus dem Vergleich.[2]) Der Zusatz ist flüchtige Arbeit und

[1]) D. 50, 17, 16 (Ulp. 21 ad Sab.). Der klassische Zusammenhang ist dunkel. Lenel zu Ulp. fr. 2625; vielleicht liegt ein Überlieferungsfehler in der Inskription vor. Der Abl. abs. sieht nicht nach dem Klassiker aus.

[2]) In den hellenistischen Urkunden kommt die Heranziehung der Kaufgrundsätze in diesem Zusammenhange in verschiedenen Formen vor. Entweder so, daß einfach die Verweisung auf den Kauf in der Urkunde steht, so P. Oxy 270, lin. 32f. (a. 94 p. C). Hier ist in der Vereinbarung über die Deckung des Bürgen ein Grundstück zur Haftung gegeben, und wenn der Bürge zum Zahlen kommt, soll ihm das Grundstück verfallen sein als wenn es verkauft wäre. Oder es findet in Vergleichs- und Auseinandersetzungsurkunden eine Nachbildung der Garantie des Verkäufers statt, wenn die Rechtsaufgabe gegen besonderes Entgelt erfolgte, vgl. Kreller, Erbrechtliche Untersuchungen S. 90, 2. Endlich ist die Vereinbarung über Erfüllungsersatz bei der datio in solutum zu erwähnen, wo in der griechischen Urkunde der justinianische Gedanke schon vorkommt, daß der an Erfüllungs Statt hingebende Schuldner einer Geldschuld für die hingegebene Sache nach Kaufgrundsätzen einsteht, weil die Sache um den Preis der Schuld verkauft gilt. So P. Gradenwitz (Plaumann) Nr. 10.

kann ebenso wie das folgende ficti gestrichen werden, ohne daß etwas verlorengeht.

Cod. 5, 16, 20: [tam ea quae simulate aguntur, quam].

Der klassische Fall wird sich auf die fiducia cum creditore bezogen haben.[1]) Der Schuldner ließ statt an sich an seine Ehefrau zurückübereignen. Durch diese Annahme kommt der Text sehr einfach in Ordnung, während ein Verkauf des Pfandes nach Rückzahlung seltsam wäre. Die klassische Entscheidung beruht, wie noch der Zusammenhang zeigt, deutlich auf dem Gesichtspunkte des Schenkungsverbotes zwischen Ehegatten. Auch hier ist die Bezugnahme auf die Simulation herauszustreichen, ohne daß am klassischen Texte etwas verlorengeht. Auch das Ende dürfte übrigens von den Kompilatoren stilisiert sein.[2])

Cod. 4, 49, 8: [si simulatum factum intercessit] . . .

Der Zusatz ist hier offenbar töricht. Es wird der hellenistische Gedanke abgelehnt, daß die Zahlung der Verkehrssteuer Voraussetzung für den Eigentumserwerb sei[3]) und den Erwerber als rechten Eigentümer erweise. Hier paßt die Bedingung „Wenn dabei eine Scheintatsache vorliege" gar nicht. Der erste Satz enthielt ja schon im Tatbestande den Hinweis darauf, daß nicht tradiert sei.

Cod. 4, 38, 10: [et hac simulatam proponas.

Die Mutter hatte das ihr gehörige Grundstück aus dem Nachlaß des Vaters gekauft. Die Entscheidung, daß sie gleichwohl an den Kauf nicht gebunden sei und ihr Eigentum behalten habe, wird genügend mit dem Satze gerechtfertigt, daß niemand seine eigene Sache kaufen könne. Daß dieser Kauf noch außerdem als Scheinkauf bezeichnet

---

[1]) Statt ‚de pignore liberato' stand wohl remancipando, im folgenden hieß es wohl: sed nec consensus eiusdem debitoris mancipationi per eum qui creditor fuit factae accedens ad dominium transferendum prodesse quicquam potuit. Der überlieferte Text ist so holprig, daß Krüger emendieren wollte. — In der Literatur über die Fiducia scheint die Stelle bisher nicht behandelt zu sein.

[2]) [pro infectis habeantur] heißt es nach dem Texte in Nov. Theod. 9 = Cod. 1, 14, 5, 1 und wegen der Regel simulatis pro infectis habitis. Die Kanzlei Diocletians schrieb wohl einfach ‚non valeant'.

[3]) Heidelberger Sitzungsberichte 1916, Abh. 10 S. 27. Riccobono, Z. Sav-St. 33, 292f., der die übrigen Einschiebsel richtig hervorhob.



werden soll, müßte, wenn es im Tatbestande gestanden hätte, im Bedingungssatze des Reskripts vornweg gesagt sein. In der praktischen Entscheidung ist der Satz überflüssig. Er kann ebenso weggestrichen werden, wie das [mutare substantiam veritatis et].[1])

Cod. 4, 2, 6, 1: [simulatis pro infectis habitis] ist überflüssig.

Wo die novierende Stipulation fehlt, kann die spätere Darlehnsschuldurkunde nach klassischem Recht nicht novierend wirken. Das wird gegenüber dem hellenistischen novierenden Daneion[2]), dem Fragesteller mit dem griechischen Namen gesagt. Der Zusatz ist lehrhaft im Sinne der byzantinischen Schuldogmatik.

Cod. 4, 29, 17: constituta potior quam simulata gesta.

Schon die Sprache zeigt hier die übliche byzantinische Formulierung. Gesagt war wohl nur[3]), daß die Einrede aus dem Senatusconsult gar nicht nötig sei, da aus dem Urkundenvermerke allein keine Darlehnshaftung der Mutter folgen könne, wenn das Darlehen an den Vater ausgezahlt

---

[1]) substantia veritatis mag eine späte Übersetzung aus dem Griechischen sein. Ob die Simulation die veritas oder die voluntas ändern kann, ist eine Frage, welche die Theologie des 5. Jahrhunderts interessiert. Vgl. den unechten Chrysostomustraktat (*ὅτι ἐπίπλαστον σχῆμα καὶ τὸ μὴ ἀληθὲς φεύγειν χρή*) bei Migne Patr. gr. 48, p. 1073ff. (Chrys. I) *ἐλέγχεται γάρ, φησίν, ἐπίπλαστον σχῆμα πανταχοῦ διὰ τῶν καθ' ἑκάστων πραττομένων· ἀπὸ γὰρ τῆς προαιρέσεως αἱ πράξεις· τὸ σεμνὸν σχῆμα τὴν προαίρεσιν οὐκ ἀλλάττει.* Zu *ἐπίπλαστον σχῆμα* vgl. Nov. 12 c. 3 pr. Nov. 74 c. 4. Das klassische Vorbild dieser Gedanken ist Aristoteles Eth. Nik. 6, I p. 1139a, 25ff. b 12. Für die Auffassung der Byzantiner sind die späteren Kommentare des Eustatios, Comm. in Ar. gr. 20, 279 bezeichnend.

[2]) Über diese zuletzt ausführlich Rabel, Z. Sav.-St. 28, 319ff. Mitteis, Grundzüge, S. 117. Die moderne Parallele zu der griechischen Novation durch abstraktes Daneion ist der englische merger durch deed nach common law.

[3]) Auch das kann zweifelhaft sein. Vielleicht ließen es die Klassiker bei der exceptio aus dem sc. Velleianum bewenden, da ja das Darlehen an die Frau im Interesse des Mannes gerade ein Hauptfall der Interzession war. D. 16, 1, 2, 1; dann hätte erst ein Späterer hervorgehoben, daß die exceptio ja gar nicht nötig sei, da die bloße Darlehensurkunde, wenn die Frau nicht die Valuta zunächst erhalten hatte, keine materielle Wirkung habe. — Sicher ist auch hier die substantia veritatis interpoliert.

war. Es ist die übliche[1]) Verweisung auf die materielle Rechtslage, welche gegen den hellenistischen Vertragsschluß in der Urkunde und gegen die Versuche, das hellenistische Daneion in das römische Recht einzuschwärzen, Front macht.[2])

Danach kann auch in Cod. 4, 38, 3 das Wort simulatus eingesetzt sein.

Wer die Methode dieser Einschiebsel erkennt, wird beachten, in welcher Weise die Byzantiner, welche Zeitgenossen der justinianischen Gesetzgebung sind, die Rechtsregel behandeln. Thalelaios sagte in seinem Kommentar zum ersten Kodex[3]): „beobachte die an vielen Stellen formulierte Rechtsregel, daß die simulierten Geschäfte derart sind, als wenn sie überhaupt nicht geschlossen worden seien".[4]) Das klingt, da dieser Kommentar, wo altes Material vorliegt, dieses als Autorität zitiert, wie ein Hinweis auf eine neu interpolierte Rechtsregel. Ebenso sehen wir bei Theodorus von Byzanz im Scholion zu Cod. 2, 4, 21 zwei Rechtsregeln

---

[1]) Riccobono, Z. Sav.-St. 35, 265ff.

[2]) In der Auffassung des hellenistischen Daneions halte ich gegen Brandileone an der alten Auffassung fest.

[3]) Zachariae, Z. Sav.-St. 8, 39. — Danach ich Studien zur Neg. Gestio 1, 27. — Zu bemerken bleibt der Widerspruch Paul Krügers, Geschichte der Quellen, 2. Aufl. S. 411, 36. Z. Sav.-St. 36, 84ff.

[4]) Schol. ad Cod. 5, 16, 20 = Bas. 23, 1, 50. Heimb. 2, 648: *σημείωσαι τὸν κανόνα κείμενον πολλαχοῦ, ὅτι τὰ εἰκονικῶς γινόμενα οὕτως εἰσὶν ὡσανεὶ μηδὲ ὅλως γινόμενα.* *τιθέναι* ist die Bezeichnung für die Redaktionstätigkeit der Kompilatoren, *προστιθέναι*, *προσθήκη* die für die Interpolation, den Zusatz zum alten Text. Vgl. Pringsheim, Z. Sav.-St. 35, 329f. Eine schöne Bestätigung fand ich in der Theologischen Literatur der Antiochener, welche aus derselben Kulturwelt wie die Rechtsliteratur von Berytos stammt. Bei Theodor von Mopsvestia (Migne Patr. gr. 72, p. 784) wird Ev. Joh. cap. 21 Vers 25 als Glossem eines Kommentators, welches in den Text hineingeraten und so zum ‚Zusatz' geworden sei, erkannt. Das wird so dargestellt: *προσθήκη μᾶλλόν ἐστι τεθεικότος μὲν αὐτό τινος τῶν φιλοπόνων ἔξωθεν . . . κατὰ μέρος δὲ ὑφ' ἑτέρων ἀγνοίᾳ τοῦ πρώτου τυχὸν ἔσω τεθὲν καὶ μέρος τοῦ Εὐαγγελίου γραφῆς γινόμενον· εἶτα τοῦ χρόνου καὶ τῆς συνηθείας διὰ πάντων τῶν Εὐαγγελίων φέρεσθαι παρασκευάσαντος.* Vergebens suche ich eine allgemeine Darstellung der Theorie der Interpolationen bei den Antiochenern in der modernen Darstellung bei Louis Pirot, L'oeuvre exégétique de Théodore de Mopsvestia, Scripta pontificii instituti biblici, Roma 1913.

hervorgehoben, welche die Interpolation unterstreichen: „nicht hindert der Scheinkauf die Wirkung des Vergleiches", d. h. also, es gilt das verdeckte Geschäft, und andererseits: „was in Simulation geschieht, dies wird so behandelt, als wenn es überhaupt nicht geschehen sei".[1])

In den Digesten ist der Zusatz: D. 39, 3, 12: [nisi simulata fuerit venditio] von einer geistesverwandten Hand hinzugesetzt.

Die wenigen Stellen, in welchen die Theorie des Scheingeschäftes mit einer gewissen Absichtlichkeit verdeutlicht wird, sind so verdächtig, daß ihre Beanstandung überzeugend sein dürfte.

D. 44, 7, 54 Modestin 5. Buch der Regulae (Mod. fr. 222 Lenel): Contractus imaginarii [etiam] in emptionibus iuris vinculum non optinent, [cum fides facti simulatur non intercedente veritate].

Der klassische Text hatte wohl nur von Kauf gesprochen. Zur Aufnahme in den allgemeine Regeln formulierenden Titel wurde er verallgemeinert. Der byzantinische abl. abs. zeigt die Interpolation des Schlußsatzes an. Ein klassischer imaginärer Kontrakt, d. h. ein Vertrag, der vom Kauf nur das Formular hat, ist gar nicht notwendig zur Täuschung Dritter vorgenommen. Der Gegensatz zwischen Scheinakt und Veritas entspricht einem byzantinischen Stile, den wir deutlich durch Aristoteles[2]) und die

---

[1]) Schol. ad Cod. 2, 14, 21 = Bas. 11, 2, 38.; Heimb. 1, 707.

[2]) Aristoteles Metaphys. 3, 5 p. 1008 ff. behandelt die Frage nach dem Verhältnisse von Schein und Wahrheit. *ἡ περὶ τὰ φαινόμενα ἀλήθεια* ist der Urteilssatz, durch welchen die Feststellung erfolgt, daß der Schein der Wahrheit entspricht. — In der Willenslehre der Moral (vgl. oben S. 259 N. 1) gibt es das aristotelische Dogma von der *διάνοια καὶ ἀλήθεια πρακτική*. Wenn echter Vernunftwillen vorliegen soll (*προαίρεσις σπουδαία*), ist es nötig, *τὸν λόγον ἀληθῆ εἶναι καὶ τὴν ὄρεξιν ὀρθήν*, das Raisonnement muß auf die Wahrheit gerichtet sein und der Wille muß richtig, d. h. auf das Gute gerichtet sein. Die Worte klingen fast so, als handele es sich um ein Dogma, welches die Simulationshandlung als bedeutungslos darstellt: *δεῖ . . . μὲν τὸν λόγον ἀληθῆ εἶναι καὶ τὴν ὄρεξιν ὀρθήν, εἴπερ ἡ προαίρεσις σπουδαία καὶ τὰ αὐτὰ τὸν μὲν ⟨λόγον⟩ φάναι τὴν δὲ ⟨προαίρεσιν⟩ διώκειν.* Aber der Logos ist hier das logische Urteil, das sich auf einen richtigen Moralsatz richtet, *ὄρεξις* ist das Streben nach der praktischen Durchführung des Satzes. Immerhin muß sich aus

byzantinischen Aristoteleskommentare in die Theologie der Antiochener, also in die geistige Atmosphäre von Berytos hinein verfolgen können.

D. 18, 1, 55 Paulus 2. Buch ad ed. aedil. cur. Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur.

Der Text ist im ersten Halbsatz jedenfalls überarbeitet. Nuda venditio ist als Kaufvertrag ohne Preis nur zu verstehen, wenn man die byzantinischen Kommentare hinzunimmt. Die Klassiker verstehen unter dem nackten Vertrage nur die bloße Vereinbarung ohne Tradition.[1]) Wenn Nudus echt sein sollte und imaginaria nicht eingeschoben

---

dem Dogma als Konsequenz ergeben, daß dort, wo der Gedanke des Handelnden auf ein anderes Ziel als die Erklärung bewußt sich richtet, die äußere Erklärung ohne Bedeutung für die Durchführung des innerlich Gewollten ist. Dieses aristotelische Dogma ist jedenfalls im 5. Jahrhundert der Ausgangspunkt für die Theologie wie für die Jurisprudenz geworden, die von der rei veritas sprechen und dabei ganz Verschiedenes meinen. Der Theologe sucht als *τὴν τῶν πραγμάτων ἀλήθειαν* dann den wahren, den typischen, den ewigen Sinn, der sich in der bildhaften Ausdrucksweise der alten Bibeltexte verbergen soll und den die Theologie deutet, vgl. L. Pirot a. a. O. p. 192ff. Der Jurist sucht in der Vertragsauslegung unter dem Schein der äußeren Erklärung die rei veritas, den wahren Willen, der bei Thalelaios die *καθαρὰ προαίρεσις* heißt (Schol. Heimb. 1, 724). Eine andere, dem theologischen Gedanken noch näher stehende Anwendung des aristotelischen Dogmas findet sich in der Sprache der justinianischen Kanzlei. Wenn Justinian die Menge der klassischen Texte aufnimmt und die Deutung zweifelhaft sein könnte, weil der klassische Rechtsgedanke noch durch die interpolierten Texte schimmert, dann ist rei veritas dasjenige, was kraft der kaiserlichen Konstitutionen Justinians selbst gilt, also bei der dos der Satz, daß die Frau Eigentümerin bleibt, Cod. 5, 12, 30 pr., gegenüber der Vielheit der klassischen Formen des freien Personenstandes die justinianische Einheitlichkeit, die keine Deditizier mehr kennt (Cod. 7, 5, 1). In diesem Sinne steht die legitima veritas des justinianischen Rechtes im Gegensatze zu der confusio und infinitas der klassischen Texte, Const. Tanta § 13.

[1]) Vgl. die Stellen zu nudus im Vocabularium jur. rom. IV, 1 p. 304, besonders Ulp. D. 13, 7, 1 pr. pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione etsi non traditum est. Afr. D. 17, 1, 34 pr. respondet non esse creditum. Alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Gai. D. 41, 1, 9, 5. Paul D. 19, 4, 1, 2: emptio at venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet. Pomp. D. 46, 3, 80.

ist, hätten wir einen Parallelsatz zu D. 41, 1, 31 pr., indem der bloße Kauf nicht als Eigentumsübertragung angesprochen wurde. Wenn imaginaria echt sein soll, muß mindestens dahinter eine Objektsbezeichnung wie etwa rei nec mancipi gestrichen sein.[1]) Man kann sich schwer vorstellen, wie der Klassiker, der die Manzipation als imaginaria venditio bezeichnete, einfach gesagt haben soll, durch die imaginaria venditio komme keine Veräußerung zustande. Der Byzantiner dagegen, welcher die Kaufpreiszahlung als Moment für den Eigentumsübergang kennt[2]) und der außerdem unter der imaginären venditio ein Scheingeschäft versteht, kann sehr wohl den Satz, wie er überliefert ist, für seine Rechtsordnung brauchen. Dann heißt es eben, daß aus Scheinkauf kein Eigentum übergeht: imaginaria venditio pro non facta est ist deutlich die byzantinische Regel. Jedenfalls ist mit solchen Stellen für den Nachweis, daß das Scheingeschäft nach klassischem Rechte nichtig sei, nichts zu machen.

D. 19, 2, 46 Ulpianus 69. Buch ad ed. Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, [quia et hoc donationis instar inducit].

Für den Klassiker gibt es eine Haftung aus einem Mietvertrage, in dem die Miete auf 1 Pf. lautete, nicht. Denn der Mietvertrag setzt eine Mietszinsabrede voraus. Daß die Lehre vom Scheingeschäft und die Erwähnung des verdeckten Geschäftes hier interpoliert ist, folgt schon daraus, daß die Stelle im echten Zusammenhang in D. 41, 2, 10, 2 überliefert ist und dort den Zusatz nicht enthält. Vergleiche schon Lenel, Ulp. fr. 1525, Grupe im Voc. jur.

---

[1]) Wegen des Anschlusses eius rei. Denkbar wäre, da offenbar das Fragment in die Behandlung der stipulatio duplae gehört und dort der Unterschied von res mancipi und res nec mancipi eine Rolle spielte, daß der Text gelautet hätte: nuda aut imaginaria venditio rei nec mancipi non est, et ideo nec alienatio eius rei intellegitur sine traditione. Dann würde im klassischen Texte zwischen der imaginaria venditio durch mancipatio bei den res mancipi und der Traditionslehre bei den res nec mancipi die Rede gewesen sein, der Anlaß zur Überarbeitung war ohne weiteres gegeben.

[2]) Vgl. Pringsheim, Der Kauf mit fremdem Gelde, S. 67ff., 86ff., 169.

rom. s. v. donatio S. 381ff., Beseler, Beiträge 3, 20. Die Stelle ist von großer Bedeutung, da sie beweist, daß die Byzantiner planmäßig beim klassischen imaginären Geschäft ihre Lehre von der Simulation und von der Wirksamkeit des verdeckten Geschäftes anbrachten. Sachlich ist der Zusatz auch deswegen töricht, weil eine Conductio nummo uno bei einem Klassiker des dritten Jahrhunderts doch wohl nicht notwendig eine Schenkung enthält[1]), ja ein Schenkungsversprechen durch bloßen Konsens nichtig wäre.

D. 18, 1, 38. Idem libro tertio disputationum: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet, [totiens enim dicimus in totum[2]) venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. hoc inter ceteros] inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.

Lenel konnte das Fragment nach der Stellung nur in die Lehre von der exceptio legis Cinciae einordnen. Das wird richtig sein, da durch Ulp. fr. 1689 (D. 39, 5, 19) gesichert ist, daß die Juristen gerade eben bei dieser exceptio auch von den verschiedenen Geschäften sprachen, welche eine Schenkung enthalten können. Der beanstandete Zwischensatz entspricht einer Fragestellung, welche dem klassischen Kommentar zur lex Cincia fernliegen mußte. Für den Klassiker mußte es genügen, daß, wo ein Kauf vorliegt, keine exceptio aus der lex Cincia hilft. Der Zwischensatz ist aus den Schwierigkeiten zu erklären, welche den Späteren das Suchen nach dem verdeckten Geschäfte bei allen Fällen des negotium mixtum cum donatione verursachen muß. Die Rechtfertigung der klassischen Entscheidung muß gegenüber byzantinischen Bedenken er-

[1]) Möglich bleibt doch wohl die nachträgliche Vereinbarung des Entgelts durch Wohnen zur Entschädigung für früher geleistete Dienste, entsprechend Pap. D. 39, 5, 27, wo ich nach der bekannten Erörterung (Lit. bei Beseler 3, 137. Pampaloni, Riv. ital. p. le sc. giur. 52 [1913] S. 170, 3) meram für interpoliert halte, ebenso wie den Schlußsatz von quod si ab.

[2]) Zu in totum vgl. Pringsheim a. a. O. S. 152f.

folgen. Sie erfolgt mit einer Willenstheorie, die unterscheidet, ob bei dem ganzen Geschäfte der Wille zur Simulation da ist oder nur bei einem Teil des Geschäftes. Der Unterschied zwischen der Nichtigkeit des ganzen Geschäftes und der eines Teiles je nach Höhe des Kaufpreises ist in einer byzantinischen Stelle wie D. 18, 1, 57 bekannt. Die Erwägung stammt aus einer Zeit, die an Preistaxen gewöhnt ist[1]), dank denen jede Sache ihr iustum oder unum pretium hat und die mit der nationalökonomischen Preistheorie des Aristoteles arbeitet. Von diesem Standpunkte aus kann man erwägen, ob nicht, wenn unter dem angemessenen Preis verkauft ist, für die Differenz eine Schenkung vorliege. Denselben Gedanken werden wir als byzantinisch an anderer Stelle wieder treffen. Tatsächlich mag auch den Byzantinern der Gedanke nahegelegen haben,

[1]) Darauf, daß die Lehre vom justum oder verum pretium der Sache vielfach interpoliert ist, haben Albertario (Bull. 31, [1920], Sep.-Abd.) und Solazzi, Bull. 31 (1920) Sep.-Abd. richtig aufmerksam gemacht. Es handelt sich dabei einerseits um die spätrömische Praxis, die in viel weiterem Umfange als wir es nach der Überlieferung wissen, mit Preistaxen und Höchstpreisvorschriften gearbeitet haben dürfte. Die Titel Cod. Th. 14, 19. 20 sind sicherlich nur ein Fragment einer größeren Gesetzgebung, welche die Höchstpreisüberschreitung auch privatrechtlich behandelt haben mag. Wenn in der Nov. Val. 16, 1 der Kurs des Goldsolidus nicht nur im Interesse des Verkehrs, sondern auch zur Einhaltung der Taxen (omnium rerum venalium statuta) fixiert wird, ist auf die Taxen deutlich genug hingewiesen. Daneben aber wirkt offenbar die nationalökonomische Theorie des Aristoteles. In der Eth. Nik. V, 11, 14 p. 1133a 15 steht die Preistheorie, nach der alle Sachgüter und Arbeitsleistungen ihren festen Preis haben: *δεῖ πάντα τετιμῆσθαι.* Offenbar ist dabei an behördliche Preistaxen gedacht, indem Geldpreise, von den Kursschwankungen abgesehen (*οὐ γὰρ ἀεὶ ἴσον δυνατόν*) als feste Preise für Geld und Arbeit angenommen werden. Die *ἰσότης*, von der Aristoteles spricht, ist offenbar die aequabilitas in Nov. Val. 16. Die byzantinischen Kommentare des Anonymus (Comm. Berol. gr. 20, S. 226) und der Heliodor (Comm. Berol. gr. 19, 97f.) geben diese Lehre vom rechten Preise wieder, der Anonymos mit bezeichnender Zurückhaltung. Er sagt, daß doch wohl alles auf die Parteivereinbarung ankomme (*οὕτως συνθεμένων*). Nicht anders als ihr Lehrer, dessen Wirkung auf die Schule von Beryt ebenso wie auf die gleichzeitigen und in demselben Gebiete lebenden Theologen von Antiochien stets erwogen werden muß, haben wohl die Juristen Justinians gedacht. Daraus erklärt sich die Lehre vom justum pretium im justinianischen Rechte.

daß bei bestehenden Höchstpreisen das Geschäft, welches den Höchstpreis überschritte, insofern gilt, als es dem Höchstpreise entsprechen würde.[1] Der klassischen Dogmatik liegt diese Denkungsweise ebenso fern wie dem gemeinen Recht im neunzehnten Jahrhundert. Sprachlich ist die Einschiebung, die wie ein in den Text geratenes Berytiner Glossem aussieht, deutlich. In dem klassischen Texte ist nicht von mehreren Fällen die Rede, totiens — quotiens ist unlogisch, universa venditio dürfte doch wohl beispiellos bei den klassischen Juristen sein. —

Der Klassiker hatte nur den Satz, daß die lex Cincia nicht hindere, billig zu verkaufen, daß aber zwischen Ehegatten die Niedrigstellung des Preises ein verbotenes Geschäft darstelle. Das erstere entspricht ebenso wie das zweite dem klassischen Rechte.

Der Gegensatz vom klassischen und byzantinischen Rechte ist bei den Geschäften, welche das Schenkungsverbot umgehen, besonders deutlich, einerseits für den Kauf zwischen Ehegatten, andererseits für die die Ehegattin günstiger stellende Schätzung des Wertes der Mitgift.

D. 24, 1, 5, 5. Circa venditionem quoque Iulianus quidem minoris factam venditionem nullius esse momenti ait: Neratius autem cuius opinionem Pomponius non improbat. venditionem donationis causa inter virum et uxorem factam nullius esse momenti [si modo, cum animum maritus vendendi non haberet idcirco venditionem commentus sit, ut

---

[1]) Aus der Digestenstelle über den Abstrich der über das gesetzliche Maß geforderten Zinsen (D. 22, 1, 29), deren Verhältnis zum klassischen Rechte noch einer besonderen Untersuchung bedarf, gewannen die Byzantiner eine neue Regel: τὸ παράνομον ἀφαιρεῖται (Heimb. 2, 708). Das späte schol. Heimb. 2, 708 zu Bas. 23, 3, 29 schließt daraus, daß der kirchliche Pachtvertrag über die zulässige Pachtfrist, der ohne Zustimmung des Patriarchen nichtig ist, nicht völlig unwirksam ist, sondern bis zur zulässigen Zeit läuft. So ist der Gedanke der teilweisen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes, der den Klassikern anscheinend nicht vertraut war, von der Spätzeit entwickelt worden. Daß man das den Höchstpreis übersteigende Geschäft zum Höchstpreis wirksam sein läßt, ist allerdings wohl nicht nachweisbar. Wir wüßten mehr darüber, wenn wir die Schrift des großen Kyrill von Beryt über die gesetzwidrigen pacta (schol. Heimb. 1, 646) kennten.

donaret, enimvero][1]), ⟨sed⟩ si [cum animum vendendi haberet,] ex pretio eis remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem [hactenus][2]) non valere, [quatenus facta est locupletior: itaque si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum praestanda sunt, quia in hoc locupletior videtur facta.]

Wie der Text dasteht, scheint er in ziemlich unklarer Weise zu unterscheiden zwischen dem Verkauf, der zu Schenkungszwecken gemacht ist, und dem Verkauf mit Nachlaß eines Teiles des Preises. Im ersten Fall, wenn der animus vendendi dem ganzen Geschäfte fremd war, soll das ganze Geschäft nichtig sein. Im zweiten Falle soll nur der Preisnachlaß unwirksam sein. Dabei ist wieder die künstliche Anschauung da, daß eine Ware einen festen Preis habe, dessen Unterbietung als Schenkung der Differenz aufgefaßt werden könnte. Dabei ergäbe sich außerdem die merkwürdige Tatsache, daß einzelne klassische Juristen Nichtigkeit des zu Schenkungszwecken vorgenommenen Kaufgeschäftes nur dann angenommen haben sollen, wenn ein animus vendendi in Wirklichkeit nicht vorgelegen habe, während die gesamte Überlieferung zeigt, daß es den übrigen Juristen auf solche Willenslage nicht ankommt.[3]) Deutliche Interpolatorenmethode ist dabei im stilistischen Aufbau der Zusatz des Sätzchens mit Si modo. Künstlich ist die Annahme, daß beim Verkauf zum Schenkungszwecke es möglich sei, daß gleichwohl für einen Teil des Geschäftes der animus vendendi vorliegen könne. Was im klassischen Texte stand, ist deutlich durch den zum Teil noch erhaltenen Tatbestand si . . . ex pretio ei remisit. Remittere bezeichnete natürlich, wie sonst beim Klassiker, das nach Abschluß des wirksamen Kaufs vorgenommene Erlaßpaktum.[4]) Und die klassische Entscheidung ergibt sich dabei ganz deutlich: Wenn der Kauf von vornherein zu Schenkungszwecken vor-

---

[1]) Die kasuistische Periode si modo . . . ut donaret, enimvero si, cum . . . haberet ist schon formell verdächtig.

[2]) Zu hactenus vgl. Beseler, Beiträge 3, 90ff.

[3]) Ulp. D. 18, 1, 38; Jul. D. 24, 1, 5, 5.; Ulp. D. 24, 1, 7, 6; D. 24, 1, 32, 25; Pap. D. 24, 1, 52 pr. Vat. fr. 273; Cod. 5, 16, 5.

[4]) Voc. jur. rom. V, 1, S. 79f. unter E.

genommen war, ist das Kaufgeschäft nichtig. So entscheiden Neraz und Pomponius genau wie die anderen. Aber sie erwägen den Fall, daß nach einem ehrlichen Kaufe der Ehemann der Ehefrau den Preis zum Teil erläßt. Hier mußte die Frage sein, ob das nachträgliche Paktum wie jedes Rücktrittspaktum in den Kauf hineininterpretiert werden mußte und daher das ganze Kaufgeschäft nichtig war[1]), oder ob, wie die beiden entscheiden, nur der nachträgliche Teilerlaß nichtig war, wenn der vorlängst geschlossene ehrliche Kauf gültig bliebe. Eine nachklassische Praxis mag den Versuch gemacht haben[2]), diese Entscheidung der beiden Juristen auch in dem Falle zugrunde zu legen, wo von vornherein unter dem angemessenen Preise verkauft war. Der Schlußsatz ab quatenus soll das Beispiel entsprechend dieser jüngeren Auffassung geben. Dieser Schlußsatz paßt zu dem Vorhergehenden nicht. Während vorher die Wirkung des Kaufes und des Erlaßpaktums besprochen war, wird jetzt plötzlich eine Rechtslage unterstellt, die vorher gar nicht ausgeführt war, daß nämlich der Ehemann fünf erhalten habe und im Momente des Prozesses, den er auf Zahlung von weiteren fünf gegen die Ehegattin anstellt, behaupten könne, daß jetzt der Wert des verkauften Gegenstandes zehn betrage. Der klassische Fall und die Entscheidung des Pomponius ist noch in D. 24, 1, 31, 4 zu erkennen, wo die echte Pomponiusentscheidung erhalten ist und vielleicht nur die Worte vero pretio interpoliert sind. Der Klassiker kann auf den byzantinischen Gedanken gar nicht gekommen sein. Denn er weiß, daß die Preise auf Grund des Kaufvertrages und nicht auf Grund einer absoluten Werttaxe sich bestimmen.

[1]) So müssen die Klassiker nach der Regel entschieden haben, daß das nachträgliche pactum in den Kaufkontrakt hineininterpretiert wird und das b. f. judicium nach Maßgabe des auf diese Weise gewonnenen Schuldverhältnisses gehandhabt wird, dazu vgl. D. 18, 5, 3; D. 2, 14, 7, 6; Aristo D. 2, 14, 58; D. 18, 1, 72 und zu den Interpolationen der Lehre die gründliche Arbeit von Biondo Biondi, Judicia bonae fidei I (Palermo 1920) S. 22ff. Daß wirklich die Entscheidung auch hier entsprechend lautete, folgt aus D. 24, 1, 32, 26.

[2]) Die interpolierten Stellen mögen einem Glossem entstammen, das den Fall weiterbildete.



Es bleibt ferner das Geheimnis der spitzfindigen Köpfe, welche wohl schon in den Scholien des fünften Jahrhunderts die klassische Entscheidung abänderten, wie denn entschieden werden sollte, wenn in der Zeit zwischen dem Kaufvertrage und dem unterstellten Kaufvertrage ein Wertzuwachs oder eine Wertminderung des verkauften Gegenstandes eingetreten ist.

Angesichts dieser Stelle ist es sehr deutlich, daß die Klassiker das Schenkungsverbot nach objektiven Gesichtspunkten anwendeten, während der Byzantiner versucht, das Umgehungsgeschäft als Scheingeschäft nichtig zu erklären und nunmehr auf die Willenslage abhebt. Der animus vendendi wird, wie im allgemeinen die Erwähnungen des Geschäftswillens, interpoliert sein.

In ähnlicher Richtung beweist D. 24, 1, 31, 3.

Pomp. 14, ad Sab: Si duo mancipia fuerint singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri, [vel[1]) contra] venierint, [melius dicetur communia ea esse pro portione pretii nec tandem spectandum esse,] quanti mancipia sint, [sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum]: [sine dubio][2]) licet a viro [vel uxore][1]) minoris emere, [si non sit animus donandi].

Pomponius hat hier einen ähnlichen Fall, wie er bei Neraz im vorher besprochenen Texte vorlag, aber mit dem Unterschiede, daß hier Sklaven, für welche es Marktpreise gibt, unterstellt sind und nicht ein Gegenstand, sondern zwei verkauft und übereignet sind, und zwar um einen Preis, der für den einen allein angemessen wäre. Julian und der echte Ulpian wie die übrigen hätten entschieden, daß Kauf und Übereignung nichtig sind und sie hätten vielleicht hervorgehoben, daß die Gattin um den vollen Wert der beiden Sklaven gegen das Schenkungsverbot bereichert ist. Der echte Pomponius sagte das wohl ebenso. Den Byzantinern mochte das nicht einleuchten. Wie im vorigen Falle nehmen sie nur teilweise Unwirksamkeit des

---

[1]) Offenbare Erweiterungen der klassischen Entscheidung.

[2]) Die Interpolation folgt schon aus dem fehlenden nam am Anfang. Statt sine dubio sagte der Klassiker wohl wie Ulpian in D. 18, 1, 38 am Ende etwa „nec“ oder „neque enim“.

Kaufes an. Insoweit der Preis gezahlt ist, soll auch Eigentum übergegangen sein, also, da die Hälfte des angemessenen Preises gezahlt war, Miteigentum. Dabei wirkt die hellenistische Anschauung, welche von Fritz Pringsheim in seiner Untersuchung über den Kauf mit fremdem Gelde erwiesen worden ist.[1]) Diese Entscheidung, daß Mann und Frau Miteigentum im Verhältnis des gezahlten zum angemessenen Preise erhalten, wird als die bessere Entscheidung eingeführt. Der Stil Nec tandem . . . sed quantum entspricht dem öfters beobachteten Typus[2]) des Falles, in welchem der Byzantiner einen klassischen Gesichtspunkt ablehnt und den eigenen Gesichtspunkt hinzufügt. Remissum ist auch hier wieder im byzantinischen Sinne der bei Abschluß des Kaufvertrages bewilligte Preisnachlaß, nicht der nachträgliche Erlaßvertrag. Am Schlußsatz ist dasjenige als unzweifelhaft bezeichnet, wovon das Gegenteil für das klassische Recht feststeht. Daß auf die Willenslage für das Scheingeschäft abgehoben wird, beruht auch hier wieder auf dem Eingriff der Byzantiner.

Der echte Text, den man erkennen kann[3]), sagte natürlich, daß Kauf und Übereignung nichtig seien. Nach klassischem Rechte liegt der Fall so, daß das anfänglich unwirksame Geschäft nachträglich durch den Tod des verkaufenden Ehemannes konvaleszierte (D. 24, 1, 32, 26). Aus dieser Entscheidung Ulpians ist deutlich, daß die Klassiker den Fall unterschieden, daß der Preis von vornherein zu niedrig gestellt war, und den Fall, daß nachträglich ein Teil des Preises erlassen wurde. In beiden Fällen nimmt Ulpian anscheinend an, daß Kauf und Übereignung zunächst nichtig waren, aber nachträglich wirksam wurden. Von einer teil-

---

[1]) a. a. O. Pringsheim, dem ich die Stelle vorlegte, hielt auch hier den Gedanken für wahrscheinlich. Er liegt in Richtung auf die Interpolation in D. 24, 1, 55 und zu den Entscheidungen, welche den Kauf mit Dotalgeld betreffen. Vgl. Pringsheim a. a. O. S. 123ff., 130ff.

[2]) Riccobono, Zeitschr. d. Sav.-St. 36, 282. Dal diritto romano classico al diritto moderno, Palermo 1917, S. 521, 4.

[3]) Si duo mancipia fuerint singula quinis milibus sestertium digna, sed utrumque unis quinque milibus donationis causa a viro mulieri venierint, videtur esse donatio quanti mancipia sint: neque enim licet a viro minoris emere. Videtur esse donatio sagt der Jurist im § 7, 8.

weisen Wirksamkeit des Kaufgeschäftes und einer teilweisen Konvaleszenz des zunächst unwirksamen Teiles ist gar keine Rede.

Dieselbe byzantinische Lehre kommt nun notwendig auch bei der Schätzungsklausel für die Dos aestimata in Betracht.

Ulpian 31, ad Sab. D. 24, 1, 7, 5. Si maritus aestimationem rerum quas in dotem accepit dicat se donationis causa auxisse, [remedium monstravit][1]) imperator noster cum divo patre suo rescripto, cuius verba haec sunt. Cum donationis causa pretium auctum adfirmes qui super ea re cogniturus erit, [si pecuniae modum recusabis] ipsa praedia restitui debere sumptuum deductis rationibus arbitrabitur: [in arbitrio igitur mariti erit, quid praestitum malit.]

Die letzten gemeinrechtlichen Besprechungen[2]) haben an der Stelle nichts Seltsames gefunden. Das Wahlrecht des Ehemannes zwischen der Herausgabe des Grundstückes selbst und der Herauszahlung des angemessenen Preises wurde nicht beanstandet. Nach klassischem Rechte muß ein Reskript, das nur die geltende Rechtsordnung anwendet, entschieden haben, daß die Schätzungsklausel unwirksam sei und daß der Mann bei der actio rei uxoriae eben die Grundstücke selbst herauszugeben habe. Die Byzantiner nahmen hier genau wie oben beim Kauf an, daß die Ästimationsklausel teilweise unwirksam sei, insofern sie eine Schenkung enthielt, und daß der Mann das Wahlrecht habe, entweder das Grundstück oder den angemessenen Preis zuzückzugeben. Der echte Ulpian kann füglich an dieser Stelle nicht anders entschieden haben, als im Texte Digesten 23, 3, 12 pr. Dort ist die Ästimationsklausel zunächst als nichtig bezeichnet. Im § 1 weist eine Interpolation si quidem bis aestimavit und enimvero bis vivit auf den entsprechenden byzantinischen Eingriff hin. Dasselbe Wahlrecht des Mannes ist auch deutlich im Reskript Cod. 5, 18, 6, 2 im § 2 interpoliert. Der Tatbestand, der im Prozeß

[1]) **Beseler, Beiträge 2, 125 beanstandete remedium richtig, ohne den Fall zu beleuchten.**

[2]) **Cyhlarz, Dotalrecht 158. Die neueren italienischen Bearbeitungen wie Solazzi, Restituzione della dote waren mir nicht zugänglich.**

vorlag, betraf eine Bevorzugung des Ehemannes durch Niedrigerschätzung der empfangenen Dos. Im § 2 wird nun, um dem Manne die Möglichkeit zu geben, den rechten Preis des Grundstückes statt Herausgabe zu leisten, willkürlich in den Tatbestand das Moment hereingetragen, daß der Mann sich durch die aestimatio beschwert fühle. Der § 2 ist offenbar aus denselben Gesichtspunkten hinzugefügt.

(Fortsetzung folgt.)

XIII.

Animus donandi.

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Pringsheim**
in Freiburg.

Der große Gelehrte, den wir ehren und feiern, hat vor 40 Jahren die Unabhängigkeit des Rechtserfolges von der Parteiabsicht verfochten.[1]) Seinem kraftvollen und überzeugenden Angriffe[2]) verdanken wir, daß das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Begriffe der Schenkung den animus donandi, die „Absicht dieser Bereicherung"[3]) ausschied[4]) und daß der höchste Gerichtshof dauernd das Erfordernis solcher Absicht verneint.[5]) Der Versuch, durch eine kritische Untersuchung den animus donandi aus den klassischen römischen Quellen zu entfernen und dies Erfordernis der byzantinischen Lehre zuzuweisen, darf als bescheidene Unterstützung seines Bestrebens gelten.

Wie der Parteiwillen gegenüber der Erklärung, die innere Absicht gegenüber dem in Erscheinung tretenden Tatsächlichen in der späten Antike durch die Lehre der späten Stoa und ihre Einwirkung auf die byzantinische Theorie als herrschend herausgehoben wird, ist hier nicht darzulegen.[6]) Im Gebiete der Testamente ist die Arbeit, klassische und byzan-

---

[1]) Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Jherings Jahrb. N. F. 7, 154 ff.

[2]) Lenel, Arch. Ziv. Prax. 74, 230 ff.; 79, 70 ff.

[3]) I. Entwurf § 437: „Als Schenkung gilt . . die Zuwendung —, sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht."

[4]) BGB. § 516; vgl. Haymann, Schenkung unter einer Auflage 1 ff.; derselbe, Jherings Jahrb. 56, 106.

[5]) RG. 70, 17; 94, 322; 95, 14 und wegen der Entbehrlichkeit eines Ausspruchs der Schenkungsurkunde über die Unentgeltlichkeit neuestens RG. 98, 127 ff.; 101, 101.

[6]) Vgl. zunächst Partsch oben S. 241 und S. 261[2].

[7]) Vgl. z. B. Gradenwitz, Interpolationen § 20: verba legati

tinische voluntas zu trennen, weit fortgeschritten.[7]) Mit dieser Entwicklung hängt auch das Übertragen deliktischer Grundsätze auf das Vertragsrecht zusammen [1]): denn im deliktischen Bereiche hat die Beachtung des animus ihren guten Sinn.[2])

Besonders bei den bonae fidei judicia berücksichtigen die Byzantiner diesen animus (adfectus, adfectio, *ψυχή, διάθεσις, ἐννοία*): D. 17, 1, 54 [placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam][3]); Boethius (475 bis 525 p.) in topica Cic.[4]): in his enim (judiciis, in quibus additur, ut ex bona fide judicant) qui fuerit animus contrahentium quaeri solet. Dagegen gilt anderes für die Stipulation: Stephanos zu D. 2, 14, 27, 2 (Heimb. Bas. 1, 601): *ἐπὶ δὲ τῶν ἐπερωτήσεων οὐ προσέχομεν ταῖς ἐννοίαις, ἀλλ' αὐτῷ τῷ νόμῳ, τουτέστιν τῇ ἐπερωτήσει.* Das Vordringen des animus und die Durchtränkung aller judicia mit bona fides[5]) unterstützen sich also gegenseitig.

Die Schenkung, im klassischen Rechte entweder voll-

---

und neuestens die Arbeiten von Suman, angeführt bei Albertario, Revoca tacita dei legati 11[3].

[1]) z. B. Albertario, Azione penali 6: dolus und delictum; Beseler, Beitr. 4, 268: impunitus.

[2]) animus

accusandi	D. 48, 16, 6, 1
agendi	D. 48, 16, 13 pr.
calumniandi	D. 5, 1, 10; C. 2, 58, 2 pr. (531)
decipiendi	D. 16, 1, 30 pr.
fugiendi	D. 21, 1, 17, 12
furandi lucri faciendi . .	Berger, In tema di derelizione 56[2]
furti faciendi, damnidandi .	D. 9, 2, 41, 1
injuriae faciendae . . .	D. 25, 4, 1, 8; 47, 10, 26
latitantis	D. 42, 4, 7, 5
lucrandi	D. 41, 1, 5, 6; 9, 8; 47, 2, 44, 1
occidendi	D. 48, 8, 1, 3
occultantis	D. 42, 4, 7, 9
sacri subripiendi	D. 47, 2, 78
supprimendi	D. 43, 5, 3, 6
violandi	D. 47, 12, 3, 1.

[3]) ip. Pernice, Labeo 3, 185. Bas. Text (Heimb. 2, 133): *διαθέσεως γὰρ λόγος γίνεται.*

[4]) Orelli-Baiter 5, 378.

[5]) Haymann, Sav. Z. 38, 220. Biondi, Judicia bonae fidei. Levy, Sav. Z. 36, 1 ff.

zogen durch Tradition und Manzipation bei Sachen, oder versprochen durch Stipulation, ändert in byzantinischer Zeit ihren Charakter völlig. Auf der einen Seite wird Insinuation notwendig, soweit die Schenkung ein gewisses Maß übersteigt, auf der anderen wird das Schenkungsversprechen klagbar, ohne daß es noch der Stipulationsform bedarf.[1]) Damit nähert sich das Schenkungsversprechen den Konsensualverträgen[2]), und so entsteht die Frage, ob die Schenkung ein Vertrag sei, ob sie nicht sogar unter die bonae fidei judicia zu zählen sei. Beide Fragen werden von den Byzantinern erörtert. Auf der einen Seite zwar wird die donatio zuweilen neben contractus gestellt, z. B.

C. 6, 61, 8, 1 (Just.): ex quocunque titulo sive donationis sive contractus;

C. 1, 2, 14, 7 (Just.): donationum vel contractuum gesta confecerint;

Stephanos zu D. 19, 2, 2 (Heimb. Bas. 2, 334): *οὐ μόνον ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων ἀλλὰ καὶ ἐπὶ δωρέας.* —

Andrerseits aber wird seit Konstantin[3]) die Schenkung unter die Kontrakte gezählt:

C. 8, 36, 2 (331): donationibus vel emtionibus vel quibuslibet aliis contractibus;

C. 1, 5, 4, 3 (407): non donandi non emendi non vendendi non postremo contrahendi;

C. 1, 5, 18, 5 (Just.): *κατὰ δωρέαν ἢ ἕτερον οἱονοῦν συνάλλαγμα*;

C. 4, 21, 17 (Just.): contractus venditionum vel venundationum vel donationum;

C. 8, 36, 5 pr. (Just.): vel ad venditiones vel donationes seu ad alios contractus; § 1: emerit vel per aliam speciem contractus — acceperit; § 2 hält aber doch noch für nötig, zu sagen, das gelte „non solum in aliis contractibus verum etiam in donatione“.

---

[1]) C. 8, 53, 35, 5; Inst. 2, 27, 2; Nov. 162 c. 1. Riccobono, Sav. Z. 34, 168ff. schildert die Entwicklung von Konstantin an.

[2]) Savigny, System 4, 120: wodurch also das gewöhnliche Schenkungsversprechen, seiner Form nach, den Konsensualkontrakten gleichsteht.

[3]) Vgl. Anm. 1.

tinische voluntas zu trennen, weit fortgeschritten.[7]) Mit dieser Entwicklung hängt auch das Übertragen deliktischer Grundsätze auf das Vertragsrecht zusammen [1]): denn im deliktischen Bereiche hat die Beachtung des animus ihren guten Sinn.[2])

Besonders bei den bonae fidei judicia berücksichtigen die Byzantiner diesen animus (adfectus, adfectio, *ψυχή*, *διάθεσις*, *ἔννοια*): D. 17, 1, 54 [placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam][3]); Boethius (475 bis 525 p.) in topica Cic.[4]): in his enim (judiciis, in quibus additur, ut ex bona fide judicant) qui fuerit animus contrahentium quaeri solet. Dagegen gilt anderes für die Stipulation: Stephanos zu D. 2, 14, 27, 2 (Heimb. Bas. 1, 601): *ἐπὶ δὲ τῶν ἐπερωτήσεων οὐ προσέχομεν ταῖς ἐννοίαις, ἀλλ' αὐτῷ τῷ νόμῳ, τούτεστιν τῇ ἐπερωτήσει.* Das Vordringen des animus und die Durchtränkung aller judicia mit bona fides[5]) unterstützen sich also gegenseitig.

Die Schenkung, im klassischen Rechte entweder voll-

---

und neuestens die Arbeiten von Suman, angeführt bei Albertario, Revoca tacita dei legati 11[3].

[1]) z. B. Albertario, Azione penali 6: dolus und delictum; Beseler, Beitr. 4, 268: impunitus.

[2]) animus

accusandi	D. 48, 16, 6, 1
agendi	D. 48, 16, 13 pr.
calumniandi	D. 5, 1, 10; C. 2, 58, 2 pr. (531)
decipiendi	D. 16, 1, 30 pr.
fugiendi	D. 21, 1, 17, 12
furandi lucri faciendi	Berger, In tema di derelizione 56[3]
furti faciendi, dam nidandi	D. 9, 2, 41, 1
injuriae faciendae	D. 25, 4, 1, 8; 47, 10, 26
latitantis	D. 42, 4, 7, 5
lucrandi	D. 41, 1, 5, 6; 9, 8; 47, 2, 44, 1
occidendi	D. 48, 8, 1, 3
occultantis	D. 42, 4, 7, 9
sacri subripiendi	D. 47, 2, 78
supprimendi	D. 43, 5, 3, 6
violandi	D. 47, 12, 3, 1.

[3]) ip. Pernice, Labeo 3, 185. Bas. Text (Heimb. 2, 133): *διαθέσεως γὰρ λόγος γίνεται.*

[4]) Orelli-Baiter 5, 378.

[5]) Haymann, Sav. Z. 38, 220. Biondi, Judicia bonae fidei. Levy, Sav. Z. 36, 1 ff.

zogen durch Tradition und Manzipation bei Sachen, oder versprochen durch Stipulation, ändert in byzantinischer Zeit ihren Charakter völlig. Auf der einen Seite wird Insinuation notwendig, soweit die Schenkung ein gewisses Maß übersteigt, auf der anderen wird das Schenkungsversprechen klagbar, ohne daß es noch der Stipulationsform bedarf.[1]) Damit nähert sich das Schenkungsversprechen den Konsensualverträgen[2]), und so entsteht die Frage, ob die Schenkung ein Vertrag sei, ob sie nicht sogar unter die bonae fidei judicia zu zählen sei. Beide Fragen werden von den Byzantinern erörtert. Auf der einen Seite zwar wird die donatio zuweilen neben contractus gestellt, z. B.

C. 6, 61, 8, 1 (Just.): ex quocunque titulo sive donationis sive contractus;

C. 1, 2, 14, 7 (Just.): donationum vel contractuum gesta confecerint;

Stephanos zu D. 19, 2, 2 (Heimb. Bas. 2, 334): *οὐ μόνον ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων ἀλλὰ καὶ ἐπὶ δωρέας.* —

Andrerseits aber wird seit Konstantin[3]) die Schenkung unter die Kontrakte gezählt:

C. 8, 36, 2 (331): donationibus vel emtionibus vel quibuslibet aliis contractibus;

C. 1, 5, 4, 3 (407): non donandi non emendi non vendendi non postremo contrahendi;

C. 1, 5, 18, 5 (Just.): *κατὰ δωρέαν ἢ ἕτερον οἱονοῦν συνάλλαγμα*;

C. 4, 21, 17 (Just.): contractus venditionum vel venundationum vel donationum;

C. 8, 36, 5 pr. (Just.): vel ad venditiones vel donationes seu ad alios contractus; § 1: emerit vel per aliam speciem contractus — acceperit; § 2 hält aber doch noch für nötig, zu sagen, das gelte „non solum in aliis contractibus verum etiam in donatione“.

---

[1]) C. 8, 53, 35, 5; Inst. 2, 27, 2; Nov. 162 c. 1. Riccobono, Sav. Z. 34, 168 ff. schildert die Entwicklung von Konstantin an.

[2]) Savigny, System 4, 120: wodurch also das gewöhnliche Schenkungsversprechen, seiner Form nach, den Konsensualkontrakten gleichsteht.

[3]) Vgl. Anm. 1.

tinische voluntas zu trennen, weit fortgeschritten.[7]) Mit dieser Entwicklung hängt auch das Übertragen deliktischer Grundsätze auf das Vertragsrecht zusammen [1]): denn im deliktischen Bereiche hat die Beachtung des animus ihren guten Sinn.[2])

Besonders bei den bonae fidei judicia berücksichtigen die Byzantiner diesen animus (adfectus, adfectio, *ψυχή, διάθεσις, ἐννοία*): D. 17, 1, 54 [placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam][3]); Boethius (475 bis 525 p.) in topica Cic.[4]): in his enim (judiciis, in quibus additur, ut ex bona fide judicant) qui fuerit animus contrahentium quaeri solet. Dagegen gilt anderes für die Stipulation: Stephanos zu D. 2, 14, 27, 2 (Heimb. Bas. 1, 601): *ἐπὶ δὲ τῶν ἐπερωτήσεων οὐ προσέχομεν ταῖς ἐννοίαις, ἀλλ' αὐτῷ τῷ νόμῳ, τούτεστιν τῇ ἐπερωτήσει.* Das Vordringen des animus und die Durchtränkung aller judicia mit bona fides[5]) unterstützen sich also gegenseitig.

Die Schenkung, im klassischen Rechte entweder voll-

---

und neuestens die Arbeiten von Suman, angeführt bei Albertario, Revoca tacita dei legati 11[3].

[1]) z. B. Albertario, Azione penali 6: dolus und delictum; Beseler, Beitr. 4, 268: impunitus.

[2]) animus

accusandi	D. 48, 16, 6, 1
agendi	D. 48, 16, 13 pr.
calumniandi	D. 5, 1, 10; C. 2, 58, 2 pr. (531)
decipiendi	D. 16, 1, 30 pr.
fugiendi	D. 21, 1, 17, 12
furandi lucri faciendi	Berger, In tema di derelizione 56[8]
furti faciendi, damnidandi	D. 9, 2, 41, 1
injuriae faciendae	D. 25, 4, 1, 8; 47, 10, 26
latitantis	D. 42, 4, 7, 5
lucrandi	D. 41, 1, 5, 6; 9, 8; 47, 2, 44, 1
occidendi	D. 48, 8, 1, 3
occultantis	D. 42, 4, 7, 9
sacri subripiendi	D. 47, 2, 78
supprimendi	D. 43, 5, 3, 6
violandi	D. 47, 12, 3, 1.

[3]) ip. Pernice, Labeo 3, 185. Bas. Text (Heimb. 2, 133): *διαθέσεως γὰρ λόγος γίνεται.*

[4]) Orelli-Baiter 5, 378.

[5]) Haymann, Sav. Z. 38, 220. Biondi, Judicia bonae fidei. Levy, Sav. Z. 36, 1 ff.

zogen durch Tradition und Manzipation bei Sachen, oder versprochen durch Stipulation, ändert in byzantinischer Zeit ihren Charakter völlig. Auf der einen Seite wird Insinuation notwendig, soweit die Schenkung ein gewisses Maß übersteigt, auf der anderen wird das Schenkungsversprechen klagbar, ohne daß es noch der Stipulationsform bedarf.[1]) Damit nähert sich das Schenkungsversprechen den Konsensualverträgen[2]), und so entsteht die Frage, ob die Schenkung ein Vertrag sei, ob sie nicht sogar unter die bonae fidei judicia zu zählen sei. Beide Fragen werden von den Byzantinern erörtert. Auf der einen Seite zwar wird die donatio zuweilen neben contractus gestellt, z. B.

C. 6, 61, 8, 1 (Just.): ex quocunque titulo sive donationis sive contractus;

C. 1, 2, 14, 7 (Just.): donationum vel contractuum gesta confecerint;

Stephanos zu D. 19, 2, 2 (Heimb. Bas. 2, 334): *οὐ μόνον ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων ἀλλὰ καὶ ἐπὶ δωρέας.* —

Andrerseits aber wird seit Konstantin[3]) die Schenkung unter die Kontrakte gezählt:

C. 8, 36, 2 (331): donationibus vel emtionibus vel quibuslibet aliis contractibus;

C. 1, 5, 4, 3 (407): non donandi non emendi non vendendi non postremo contrahendi;

C. 1, 5, 18, 5 (Just.): *κατὰ δωρέαν ἢ ἕτερον οἱονοῦν συνάλλαγμα*;

C. 4, 21, 17 (Just.): contractus venditionum vel venundationum vel donationum;

C. 8, 36, 5 pr. (Just.): vel ad venditiones vel donationes seu ad alios contractus; § 1: emerit vel per aliam speciem contractus — acceperit; § 2 hält aber doch noch für nötig, zu sagen, das gelte „non solum in aliis contractibus verum etiam in donatione".

---

[1]) C. 8, 53, 35, 5; Inst. 2, 27, 2; Nov. 162 c. 1. Riccobono, Sav. Z. 34, 168ff. schildert die Entwicklung von Konstantin an.

[2]) Savigny, System 4, 120: wodurch also das gewöhnliche Schenkungsversprechen, seiner Form nach, den Konsensualkontrakten gleichsteht.

[3]) Vgl. Anm. 1.

D. 12, 1, 20: [talem contractum neque donationem esse neque pecuniam creditam].[1])

Schon aus diesen Stellen ergibt sich, daß in der späten Zeit die Schenkung gern mit dem Kauf zusammengestellt wird. Die Neuregelung Justinians schließt sich hier[2]) und anderswo[3]) an den Kauf an. Dies aber hat seinen besonderen Grund. Zwar als causa für den Eigentumsübergang galt bereits in klassischer Zeit Schenkung neben Kauf. Der byzantinische Kauf aber, in seiner vom griechischen Kauf beeinflußten Gestalt, faßt den Kauf als Barkauf und verwandelt ihn so aus einer causa zur Eigentumsübertragung selbst. Aus diesem Grunde nähern sich dem Kauf die datio in solutum, der Tausch und die Schenkung. Sie alle empfangen auf solche Art den Charakter von Kontrakten, die unmittelbar den Eigentumsübergang bewirken. Es ist ein neuer Begriff der alienatio im Werden[4]); von der einen Seite verliert der Kauf etwas von seinem Verpflichtungscharakter, auf der andern werden Tausch, Leistung an Erfüllungs Statt und Schenkung zu Kontrakten.[5]) Das findet deutlichen Ausdruck in D. 44, 7, 55: in omnibus rebus, quae dominium transferunt concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive — quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.[6]) Kauf und Schenkung als „res, quae dominium transferunt"; die Übertragung

[1]) Ip. Eisele, Sav. Z. 30, 111; Beseler, Beitr. 3, 105. Im interpolierten Schluß wird der Kontrakt als Schenkung für gültig erklärt.

[2]) Siehe S. 275 Anm. 1.

[3]) C. 8, 53, 28 [vel vendendo]

C. 8, 53, 33 (Just.) sicut venditionis — simili modo et donatas. Vgl. auch Cod. Eur. 289 mit Lex Vis. 5, 4, 8.

[4]) Hängt es mit dem Charakter der Schenkung als alienatio zusammen, wenn jetzt die Dereliktion und die Freilassung als donatio gelten können (D. 45, 3, 36 ip. Berger: In tema di derelizione 33 ff.) D. 27, 10, 17 [et ideo — faciat]? Anders Beseler, Beitr. 1, 94.

[5]) Jetzt erst wird die Anwendung der a. de dolo auf die Schenkung erwogen, trotzdem doch diese Anwendung gar nicht von der Kontraktsnatur der Schenkung abhängt (D. 21, 1, 62 und D. 39, 5, 18, 3: ip. De Medio, Bull. 16, 82–86).

[6]) Ip. Pernice, Sav. Z. 9, 204[2]; Seckel s. v. transferre 3, s. v. perducere 1; Beseler, Beitr. 2, 71.

als contractus so wie sie in C. 5, 23, 1 (213) ip.[1]) „actus per quem dominium transfertur" heißt; daraus folgt zweierlei: Schenkung ist jetzt ein Kontrakt: und zu seinem Abschluß gehört Konsens nicht der Parteien, sondern der Parteiabsichten (animus und affectus).[2]) Zum ersten ist zu stellen C. 1, 2, 14 (470): § 3 donationis vel emptionis seu commutationis aut cuiuscumque contractus alterius nomine; § 5 venditione seu donatione vel commutatione — postremo in quacunque alienatione.

Die alienatio ist erst bei den Byzantinern ein Kontrakt. Deshalb ist C. 2, 19, 7 (293): „si [donationis vel transactionis vel stipulationis vel cuiuscumque alterius contractus] obligationis confectum instrumentum" wahrscheinlich interpoliert; der Anfrage kann nur ein bestimmter Kontrakt zugrunde gelegen haben. Tausch, Schenkung und datio in solutum stehen zusammen in der Interpolation[3]) von D. 41, 3, 4, 17; [per donationem successio facta sit] heißt es im Anschluß an Kauf in der Interpolation[4]) von D. 2, 14, 17, 5.

Jetzt erst erhebt sich die Frage, ob etwa die Schenkung im bonae fidei judicium geltend gemacht wird. Solange sie in Stipulationsform abgeschlossen wurde, war diese Frage nicht zu stellen. Doch für die Byzantiner kann auch die Klage aus der Stipulation zur Klage im bonae fidei judicium werden, wenn nur eine exceptio eingeschaltet wird: C. 8, 35, 3[5]); ähnlich wie die rei vindicatio, mit der die Beschenkten gegen die Schenkerin vorgehen, in D. 39, 6, 42.[6]) Heißt es dort „bonae fidei autem judicio constituto", so wird gar der Tausch selbst in C. 4, 64, 2 (Diocl.) „permutationem [re ipsa utpote bonae fidei constitutam]"[7]) zum bonae

---

[1]) Albertario, Fabiana 40.

[2]) Vgl. D. 2, 14, 1, 3: qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt. Der Zusammenhang der animus-Lehre mit der Lehre vom Konsense ist hier nicht zu verfolgen.

[3]) [idemque — donasset] Bonfante, Riv. it. 17, 144[1]; Steiner, Datio in solutum 73 ff.: Koschaker, Sav. Z. 37, 368.

[4]) Longo, Bull. 14, 247; vgl. D. 44, 4, 4, 29 ip.

[5]) Haymann, Sav. Z. 38, 220.

[6]) Haymann, Sav. Z. 38, 209 ff.

[7]) Beseler, Beitr. 2, 167.

fidei contractus. Dieser Ausdruck, der durchweg den Byzantinern gehört[1]), schließt den Kreis der Betrachtung.

Auf solchem Boden wächst Zweifel, wie er in D. 39, 5, 22 zum Ausdruck kommt: [maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur][2]), wo die Unterstellung der Schenkung unter den Kontraktsbegriff ganz deutlich ist, die gestellte Frage aber noch verneint wird. Daran müssen sich auch die byzantinischen Lehrer halten: Anon. zu D. 22, 1, 16 pr. (Heimb. Bas. 2, 696): *οὔτε γάρ ἐστιν ἡ δωρέα τῶν βόνα φίδε συναλλαγμάτων,* wenn er auch schon (zu D. 39, 5, 22; Heimb. Bas. 4, 57, 3) unter Berufung auf 39. 6. 42 sagt: *ἐν τῷ — λέγει, βόνα φίδε εἶναι τὸ δικαστήριον.*

Als die Entwicklung im Corpus juris endet, ist die Schenkung auf dem Wege zum Kontrakt. Noch eine andere Linie läßt sich andeuten, die in derselben Richtung geht und dem Begriffe des negotium folgt. Der byzantinische Ausbau des klassischen Aktionensystems, seine Umwandlung in ein Kontraktssystem knüpft sich an zwei neue Kontraktsarten, Quasikontrakte und Innominatkontrakte: beide schließen an den Begriff des negotium an. Für den Quasikontrakt ist auszugehen von der klassischen Begründung der condictio indebiti durch Julian, der im Widerspruch mit Gaius die Klage von negotium herleitet.[3])

Gai. 3, 91	Inst. 3, 27, 6	D. 44, 7, 5, 3 (Gai. aur.)	D. 12, 6, 33 (Jul. 39 dig.)
is qui solvendi animo dat magis distrahere vult negotium quam contrahere	qui solvendi animo — dat in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quam contrahat	qui — solvit — magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur	is qui — solverit, hoc ipso aliquod negotii gerit

Die Byzantiner, die in D. 44, 7, 5, 3 die condictio als Quasikontrakt fassen[4]), ersetzen negotium durch obligatio,

[1]) Levy, Konkurrenz 1, 87 [4b] mit Literatur.

[2]) Pernice, Sav. Z. 9, 216[6], Labeo II 2, 143[4], Seckel s. v. deputare; Lenel, Pal. Modest. 39; Kübler, Gierke-Festschr. 5; Levy, Konkurrenz 1, 87[4b].

[3]) Dazu Pernice, Labeo 3, 245 ff.; Mitteis, Rö. Priv.-R. 1. 147[34], 148[38].

[4]) Perozzi, Obbligazione 148; Mitteis, Rö. Priv.-R. 86[38].

weil sie an dieser Stelle das Wort negotium nicht brauchen können; denn während Julian die condictio auf das negotium gründet, erklären die Byzantiner (D. 44, 7, 5, 3), es liege kein wahrer, sondern nur ein Quasikontrakt vor. Die Klagen aus der neg. gestio, die in D. 44, 7, 5 pr.[1]) von den Byzantinern als Quasi-Kontrakt angesehen wird, werden von ihnen[2]) in D. 13, 6, 17, 3 aus dem negotium hergeleitet: geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones — ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit. Bei der Tutel heißt es D. 44, 7, 5, 1[3]): non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium — contrahitur), beim Legat, das nach D. 44, 7, 5, 2 ein Quasi-Kontrakt ist, in Inst. 3, 27, 5: nullum enim negotium — contrahitur. An die klassische Lehre vom negotium contrahere[4]) schließt sich also eine späte Bedeutung, die mit dem Worte „negotium" entweder den wahren Kontrakt ausschließt oder den Quasi-Kontrakt begründet.

Dieselbe Bedeutung hat negotium bei den Innominatkontrakten. Daß ein negotium vorliegt, ist Grund für die Gewährung der actio praescriptis verbis in:

D. 16, 3, 1, 10 [in negotio, ex quo diximus pr. v. dandam actionem] Beseler, Beitr. 2, 160;

D. 19, 3, 1 pr. [est enim negotium civile gestum] Beseler, Beitr. 2, 161; 4, 135; Gradenwitz, Interpol. 109.

D. 19, 5, 13 pr. [quasi alio negotio gesto] Beseler Beitr. 2, 160; 4, 134;

D. 19, 5, 15 [habet in se negotium aliquod][5]) Beseler, Beitr. 2, 164; 3, 132; 4, 234;

---

[1]) Peters, Sav. Z. 32, 265; Rabel, Rö. Priv.-R. 468[1].

[2]) Beseler, Beitr. 3, 86; 4, 209; Biondi, Judicia bonae fidei 94.

[3]) Peters, Sav. Z. 32, 268[2].

[4]) Negotium contrahere scheint aber ip. in

D. 19, 2, 35 pr.: Beseler, Beitr. 3, 48; 4, 210:

D. 24, 1, 49: Haymann, Schenkung 51; Beseler, Beitr. 3, 101;

D. 40, 7, 29: Albertario, Formula Fabiana 32:

D. 44, 7, 16: Beseler, Beitr. 4, 68;

D. 45, 1, 5 pr.: Beseler, Beitr. 3, 137.

[5]) Hier heißt es auch: [conventio non est nuda] so wie in D. 19, 5, 8 [nec videri nudum pactum intervenisse]; man wird also wohl auch

D. 19, 5, 19 pr. [quasi negotio quodam inter nos gesto —] Beseler, Beitr. 2, 165;

D. 19, 5, 22 [quasi de novo negotio] Beseler, Beitr. 2, 165.

Folgt man dieser Erscheinung, so entstehen Zweifel an der Echtheit von D. 19, 5, 4: „natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula". Der Gedanke ist Justinian sehr geläufig: C. Tanta § 18: multas etenim formas edere natura novas deproperat — non desperamus quaedam postea emergi negotia quae adhuc legum laqueis non sunt innodata; C. Cordi § 4: nisi postea rerum natura aliquid novum creaverit; Nov. 73 pr.: *καὶ οὐκ ἂν εὕροιμεν ἐφεξῆς εἰπεῖν ὁπόσα ἡ φύσις τίκτουσα καινουργεῖ τοῖς νομοθέταις ἡμῖν παρέχουσα πράγματα.*[1])

In ähnlicher Bedeutung steht negotium in D. 19, 2, 2, 1, wo die Frage behandelt wird, ob ein Geschäft Kauf oder Miete sei. Die Stelle ist offenbar interpoliert:

D. 19, 2, 2, 1 (Gai. 2 rer. cott.)	Gai. 3, 147[2])
sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse.	Cassius ait — sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi.

Es scheint. als hätten die Byzantiner bei ihrem Fortschreiten zum Begriffe des Rechtsgeschäftes das klassische negotium benutzt und es zwischen pactum und contractus eingestellt: das negotium ist kein echter, kein benannter Kontrakt, aber es ist doch klagbar.

Auch für die Schenkung mußte die Frage entstehen, ob sie als negotium zu fassen sei. Sie wurde aber verneint — und dies im Anschlusse an die klassische Entscheidung — weil ja die Schenkungsveräußerung schon als contractus von besonderer Art galt, eine Unterstellung unter den Begriff

in C. 4, 64, 8 [cum huius modi conventio non nudi pacti censeatur] zu streichen haben, damit über Beseler, Beitr. 2, 168 hinausgehend.

[1]) C. Theod. 1, 1, 5 (429): tituli, que negotiorum sunt certa vocabula, separandi. C. 7, 39, 9 (Just.): multa sunt, quae nec dici nec enumerari possint. Nov. 111: quod medicamenta morbis, hoc exhibunt jura negotiis.

[2]) Vgl. für unum negotium = ein einheitliches Geschäft D. 3, 5, 14 und 15 ip. (Peters, Sav. Z. 32, 268).

des negotium also nicht mehr in Betracht kam. Mitteis[1]) sagt vom Ausdrucke „negotium gerere“, er enthalte den Gegensatz zu Schenkungen und sonstigen Liberalitäten. Von den Stellen, die er anführt, sind einige interpoliert: D. 13, 6, 17, 3 (oben S. 279 Anm. 2).

D. 39, 6, 35, 3 knüpft an § 2 an: et ibi qui donat illum potius quam se habere mavult: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse mavult: et hoc est quare vulgo dicatur: se potius habere vult, quam eum sui donat, illum deinde potius quam heredem suum: § 3 ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi. Das Merkwort (vulgo dicatur) spricht von potius velle: vorher ist zweimal die Verbindung „potius malle“ gebraucht. Malle für velle ist stets interpoliert[2]); se cogitare kommt nur hier[3]) und hier zweimal vor, amor vitae nur hier.[4]) Im Merkwort ist von „habere“ die Rede, vorher von „recepisse“ und „dedisse“: aber nur mit „habere“ läßt sich der Satz prägen; statt „recepisse“ mußte es „recipere“ heißen, und weder „dedisse“ noch „dare“ paßt, da ja am Geben kein Zweifel ist. Im § 3 leitet ergo keine Folgerung ein; zu „reddatur“ fehlt das Subjekt. Der oben fortgelassene Schluß von § 3 ist längst verdächtigt.[5]) Es sieht nicht aus, als wäre viel Echtes an der Stelle.

D. 41, 1, 19: quod vero quis ei donaverit vel ex negotio gesto adquisierit. Das Subjekt wechselt; nicht der „quis“, sondern der liber homo hat erworben; D. 41, 1, 10, 3 spricht nur von donatio, hereditas und legatum, so wie l. 19 später von hereditas und legatum redet.

D. 43, 26, 14: — nulla eo nomine juris civilis actio esset: [magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio]. donationes und beneficii paßt nicht zusammen; hinter contracti fehlt etwas; ad causam — spectat condicio ist sonderbar, da condicio hier

---

1) Rö. Priv.-R. 147; vgl. Pernice, Labeo 1, 404².

2) Pringsheim, Kauf m. fremd. Geld 148.

3) Voc. Jur. Rom. 1, 778, 44. 4) Voc. Jur. Rom. 1, 419, 52.

5) Pernice, Labeo 3, 280¹, der übrigens (267¹) bereits die Möglichkeit der Interpolation erwägt, diese aber unter Hinweis auf eine westgotische Interpretatio abweist, was heute niemand tun wird.

in der Bedeutung von causa steht.[1]) Vielleicht hat sich Paulus so ausgedrückt wie Ulpian in D. 47, 2, 14, 11[2]): cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est).

D. 24, 3, 24, 4 meint mit „negotium inter eos gestum est" nicht das entgeltliche Geschäft im Gegensatze zur Schenkung, sondern die Geschäftsführung ohne Auftrag, wie die l. gem. D. 24, 3, 64 pr. (negotium gerens mulieris) ergibt.

D. 24, 1, 58 pr.[3]) und D. 39, 5, 18 pr. bleiben als die einzigen sicher klassischen Stellen, von denen die byzantinische Lehre ausgeht.

Die Byzantiner also sind es, die gern die Schenkung mit dem negotium vergleichen; auch dies weist darauf, daß sie die donatio dem contractus annähern; denn negotium ist ihnen eine Vorstufe zum benannten, zum echten Vertrage.

Für die Kontrakte aber gilt ihre Regel, daß der animus, die *διάθεσις* für sie entscheidend sei: Stephanos zu D. 17, 1, 5, 1 (Heimb. Bas. 2, 71): *μήτηρ γάρ ἐστιν τῶν συναλλαγμάτων ἡ διάθεσις*[4]); derselbe zu D. 12, 1, 19 (Heimb. Bas. 2, 617): *πανταχοῦ τὴν διάθεσιν τῶν συναλλασσόντων σκοποῦμεν.*[5]) Man erinnert sich an D. 44, 7, 55, wo es bei der donatio auf affectus und animus (contrahentium) ankommt, und ist nicht erstaunt, die *διάθεσις χαριστικῇ* bei Theodorus zu C. 2, 18, 1 (Zachariae Bas. Suppl. 154 Schol. 1) wiederzufinden. In der Spätzeit ist die donatio zwar kein contractus bonae fidei, aber doch ein contractus; wie die bona fides zuerst bei den bonae fidei contractus, dann aber bei allen contractus ihre Rolle spielt, so auch der animus. Der animus donandi erklärt sich also aus der Kontraktsnatur der donatio.

Ehe die Stellen, in denen der animus donandi eine Rolle spielt, gemustert werden, sollen die übrigen animus-Stellen

---

[1]) Voc. Jur. Rom. 1, 891, 37.

[2]) Ich verdanke diesen Hinweis Josef Partsch.

[3]) Allerdings die einzige Stelle mit donatio intervenit: Voc. Jur. Rom. 2, 379, 41.

[4]) Ganz ebenso Theophilus Inst. zu 3, 19, 7.

[5]) Vgl. Heimb. Bas. 3, 134: *ἐκ τῶν διαθέσεων συντάττεται τὰ συναλλάγματα καὶ αἱ ἐνοχαί;* Heimb. Bas. 5, 406: *ἀεὶ γὰρ ὁ νόμος συναλλάγματα — ἐκ τῆς διαθέσεως κανονίζει.*



besprochen werden. Berücksichtigt sind alle Stellen, die animus mit dem Partizipium oder dem Gerundivum zeigen, mit Ausnahme der von possessio und einiger von Delikten[1]) handelnden.[2])

administrandi D. 17, 1, 60, 4 [non — sed]; es wird vorgetragen, was er tat, nicht, was er nicht tat.

adquirendi D. 41, 1, 54 pr. [si non — adquirit] Krüger Dig.

adimendi legatum (in D. 35, 1, 89 ip. revocandi) Segré, Studi Scialoja 1, 256[2]; Albertario, Revoca tacita dei legati (1919); Rabel, Rö. Priv.-R. 537[2].

amovendi D. 29, 2, 71, 8 [si igitur — videri] völlig überflüssige Wiederholung.

amoventis D. 23, 3, 9, 3 [si animo — retineat], anders Beseler 1, 25; aber [si non amovere eas connisus est] ist gerade durch das eingeklammerte Stück hervorgerufen.

celandi D. 11, 3, 9 pr. [sed cur — eum] Berger, Teilungskl. 114[2]; Beseler, Beitr. 2, 24, 89; 3, 43; 4, 66; — D. 17, 2, 45; Levy, Konkurrenz 1, 427; Beseler, Beitr. 4, 298 (hierin übereinstimmend); D. 43, 24, 5, 3 [quamquam — habere]; „animum non habere“ kann niemals als denuntiatio gelten. D. 47, 2, 48, 3 [si quidem — non est fur]? sehr zweifelhaft.[3])

communicandi D. 32, 20 [non — solidum] Cujac.-Krüger Dig.

compensandi D. 31, 53 pr. [cum — esset] Kann, Klagenmehrheit bei einem Delikt 35; Krüger Dig.[4]); Inst. 3, 29, 3[a].

constituendi dissensionem D. 24, 2, 3 [quod — fit] ist wohl durch Nov. 140 c. 1 hervorgerufen.

constituentis D. 13, 5, 1, 4 [quoniam — sit] Beseler, Beitr. 4, 315.

contrahendi D. 12, 6, 65, 3 [quoniam — dederim] anders Pernice, Labeo 3, 242[4].

---

[1]) Oben S. 274 Anm. 2.

[2]) Vgl. Voc. Jur. Rom. 1, 447, 12—448, 41.

[3]) D. 47, 2, 52, 7 ist echt; es handelt sich ja auch hier um einen deliktischen animus.

[4]) Vgl. D. 31, 85 [si voluntas testatoris compensare volentis — ostenderetur] Gradenwitz, Interpolationen 203.

contrahendi matrimonium Just. C. 2, 7, 23, 4; 5, 4, 26, 1; 5, 17, 11; Nov. 22 (*διάθεσις ἀμοιβαία*).

contrahendae societatis[1]) D. 17, 2, 44 [si animo — verbis] Beseler, Beitr. 2, 39; 3, 59.[2])

corrigendi D. 47, 10, 15, 38 [ceterum si — tenetur]; schulhafte Erörterung, während der Text in § 39 weitergeht.

credendi D. 10, 2, 50 [si non — ductus] Eisele, Sav. Z. 18, 18.

derelinquendi Berger, In tema di Derelizione 23 ff.

derelinquentis D. 47, 2, 43, 11 [quaestio — similiter non tenetur] Berger a. a. O. 46 ff.

emendandi D. 47, 10, 15, 38 (oben unter „corrigendi".[3])

infitiandi D. 41, 2, 3, 18 [et — habeas] [nec — admittatur]; moveris — habeas, potest — admittatur passen in Tempus und Modus nicht zueinander.

intercedendi D. 16, 1, 26 [intercedendi animo] [plane si — intercessisse]. Nach D. 9, 4, 39, 1 bedarf die Frau auch ohne animus intercedendi des Schutzes, nach D. 9, 4, 42 pr. wird das noxale judicium inutile, wenn der bona fide serviens die Status-Frage zur Entscheidung bringt.

legandi (deminuendi legatum) D. 34, 2, 18 [legandi animo] ist ganz überflüssig. D. 35, 1, 72, 8 [idque — scriberet] ist eine Glosse, die das Wort „falsa demonstratio" breit erläutert.

litigantis D. 35, 2, 11, 3 [cum — admittit] Beseler, Beitr. 2, 87.

nocendi D. 39, 3, 1, 12 [nec — fuit] Pernice-Krüger Dig.

novandi Levy, Sponsio 32 ff.

paciscentium D. 2, 14, 7, 12 [nisi — paciscentium] Riccobono, Sav. Z. 35, 282 mit Literatur.[4])

---

[1]) Vom animus contrahendae, distrahendae obligationis, solvendi war oben S. 278 die Rede (vgl. D. 44, 7, 5, 3; Gai. 3, 91).

[2]) Vgl. 17, 2, 31 [non affectione societatis] Berger, Teilungsklag. 133[1]; Beseler, Beitr. 2, 160; 4, 135 und D. 17, 2, 37: animum inierint societatis in ea hereditate (!), einzige Stelle mit animum inire, beginnend mit plane (zur Sache Mitteis, Rö. Priv.-R. 409 ff.).

[3]) D. 10, 2, 34 ist korr. (non emendi, sed dividendi animo) und handelt von schriftlicher Bestimmung.

[4]) D. 50, 16, 220, 3 „liberorum procreandorum animo et voto" ent-

promittentis D. 13, 5, 1, 4 (oben unter „constituentis").
remunerandi D. 15, 3, 10, 7 [si quidem — animo] [si vero — versum]; v. Tuhr, Actio de in rem verso 226 versucht die Stelle sehr künstlich und unter Berufung auf die gleichfalls interpolierte l. 7, 1[1]) zu retten.
revertendi[2]) D. 21, 1, 43, 3 [nisi — fecit]; „id fecit" (!) paßt nur zu „sciens se meum esse", nicht zu „ignorans". D. 41, 2, 47 [igitur — haberent] Beseler, Beitr. 3, 89.
solvendi D. 46, 1, 69 [licet — actionem] Levy, Sponsio 4[3].
transigendi D. 3, 6, 1, 3 [nam — concussionibus] Faber-Krüger Dig.; vgl. Just. C. 4, 5, 11, 1.
tribuendae libertatis D. 40, 5, 24, 8 [si modo — praestationem] Gradenwitz, Interpolationen 212.
vendendi D. 24, 1, 5, 5 siehe später S. 324 f.

Bei Justinian findet sich nur der animus calumniandi (C. 2, 58, 2 pr.) und compensandi (Inst. 3, 29, 3[a]). Bemerkenswert ist, daß der animus sogar in die Stipulation eindringt: C. 8, 37, 15 pr. (532): „tali animo faceret stipulationem" und D. 13, 5, 1, 4: quoniam — animo — promittentis factum sit.[3]) Man erkennt, daß die Stipulationsform der Schenkung kein Hindernis mehr für die Berücksichtigung des animus ist; so stark ist seine Kraft.

Ist mit alledem die Grundlage der Untersuchung geschaffen, so bleibt nur noch eine Frage zu prüfen: wie ist es möglich, den animus zu beweisen? Ein innerer Wille, der keinen Ausdruck findet, kann keine Bedeutung im Rechtsstreite haben. Erst in byzantinischer Zeit ist die Schenkung durchaus an Schriftform gebunden; seit den Forschungen Riccobonos[4]) übersieht man die Rolle, die gerade das instrumentum donationis spielt. Ergibt sich so ein neuer Grund dafür, daß die animus-Lehre in die klassische Zeit mit ihrer unverdorbenen mündlichen Stipulation

hält keinen Geschäftswillen, ebensowenig der animus remanendi (revertendi) in D. 49, 15, 5, 3.

[1]) Unten S. 300 ff.

[2]) Der animus revertendi der animalia (D. 41, 1, 5, 5) gehört nicht hierher.

[3]) Oben unter promittentis.

[4]) Traditio ficta Sav. Z. 33, 277 ff.; 34, 159 ff.; Stipulatio ed instrumentum Sav. Z. 35, 214 ff.

contrahendi matrimonium Just. C. 2, 7, 23, 4; 5, 4, 26, 1; 5, 17, 11; Nov. 22 (διάθεσις ἀμοιβαία).

contrahendae societatis[1]) D. 17, 2, 44 [si animo — verbis] Beseler, Beitr. 2, 39; 3, 59.[2])

corrigendi D. 47, 10, 15, 38 [ceterum si — tenetur]; schulhafte Erörterung, während der Text in § 39 weitergeht.

credendi D. 10, 2, 50 [si non — ductus] Eisele, Sav. Z. 18, 18.

derelinquendi Berger, In tema di Derelizione 23 ff.

derelinquentis D. 47, 2, 43, 11 [quaestio — similiter non tenetur] Berger a. a. O. 46 ff.

emendandi D. 47, 10, 15, 38 (oben unter „corrigendi".[3])

infitiandi D. 41, 2, 3, 18 [et — habeas] [nec — admittatur]; moveris — habeas, potest — admittatur passen in Tempus und Modus nicht zueinander.

intercedendi D. 16, 1, 26 [intercedendi animo] [plane si — intercessisse]. Nach D. 9, 4, 39, 1 bedarf die Frau auch ohne animus intercedendi des Schutzes, nach D. 9, 4, 42 pr. wird das noxale judicium inutile, wenn der bona fide serviens die Status-Frage zur Entscheidung bringt.

legandi (deminuendi legatum) D. 34, 2, 18 [legandi animo] ist ganz überflüssig. D. 35, 1, 72, 8 [idque — scriberet] ist eine Glosse, die das Wort „falsa demonstratio" breit erläutert.

litigantis D. 35, 2, 11, 3 [cum — admittit] Beseler, Beitr. 2, 87.

nocendi D. 39, 3, 1, 12 [nec — fuit] Pernice-Krüger Dig.

novandi Levy, Sponsio 32 ff.

paciscentium D. 2, 14, 7, 12 [nisi — paciscentium] Riccobono, Sav. Z. 35, 282 mit Literatur.[4])

---

[1]) Vom animus contrahendae, distrahendae obligationis, solvendi war oben S. 278 die Rede (vgl. D. 44, 7, 5, 3; Gai. 3, 91).

[2]) Vgl. 17, 2, 31 [non affectione societatis] Berger, Teilungsklag. 133[1]; Beseler, Beitr. 2, 160; 4, 135 und D. 17, 2, 37: animum inierint societatis in ea hereditate (!), einzige Stelle mit animum inire, beginnend mit plane (zur Sache Mitteis, Rö. Priv.-R. 409 ff.).

[3]) D. 10, 2, 34 ist korr. (non emendi, sed dividendi animo) und handelt von schriftlicher Bestimmung.

[4]) D. 50, 16, 220, 3 „liberorum procreandorum animo et voto" ent-

promittentis D. 13, 5, 1, 4 (oben unter „constituentis").
remunerandi D. 15, 3, 10, 7 [si quidem — animo] [si vero — versum]; v. Tuhr, Actio de in rem verso 226 versucht die Stelle sehr künstlich und unter Berufung auf die gleichfalls interpolierte l. 7, 1[1]) zu retten.
revertendi[2]) D. 21, 1, 43, 3 [nisi — fecit]; „id fecit" (!) paßt nur zu „sciens se meum esse", nicht zu „ignorans". D. 41, 2, 47 [igitur — haberent] Beseler, Beitr. 3, 89.
solvendi D. 46, 1, 69 [licet — actionem] Levy, Sponsio 4[3].
transigendi D. 3, 6, 1, 3 [nam — concussionibus] Faber-Krüger Dig.; vgl. Just. C. 4, 5, 11, 1.
tribuendae libertatis D. 40, 5, 24, 8 [si modo — praestationem] Gradenwitz, Interpolationen 212.
vendendi D. 24, 1, 5, 5 siehe später S. 324 f.

Bei Justinian findet sich nur der animus calumniandi (C. 2, 58, 2 pr.) und compensandi (Inst. 3, 29, 3[a]). Bemerkenswert ist, daß der animus sogar in die Stipulation eindringt: C. 8, 37, 15 pr. (532): „tali animo faceret stipulationem" und D. 13, 5, 1, 4: quoniam — animo — promittentis factum sit.[3]) Man erkennt, daß die Stipulationsform der Schenkung kein Hindernis mehr für die Berücksichtigung des animus ist; so stark ist seine Kraft.

Ist mit alledem die Grundlage der Untersuchung geschaffen, so bleibt nur noch eine Frage zu prüfen: wie ist es möglich, den animus zu beweisen? Ein innerer Wille, der keinen Ausdruck findet, kann keine Bedeutung im Rechtsstreite haben. Erst in byzantinischer Zeit ist die Schenkung durchaus an Schriftform gebunden; seit den Forschungen Riccobonos[4]) übersieht man die Rolle, die gerade das instrumentum donationis spielt. Ergibt sich so ein neuer Grund dafür, daß die animus-Lehre in die klassische Zeit mit ihrer unverdorbenen mündlichen Stipulation

hält keinen Geschäftswillen, ebensowenig der animus remanendi (revertendi) in D. 49, 15, 5, 3.

[1]) Unten S. 300 ff.

[2]) Der animus revertendi der animalia (D. 41, 1, 5, 5) gehört nicht hierher.

[3]) Oben unter promittentis.

[4]) Traditio ficta Sav. Z. 33, 277 ff.; 34, 159 ff.; Stipulatio ed instrumentum Sav. Z. 35, 214 ff.

contrahendi matrimonium Just. C. 2, 7, 23, 4; 5, 4, 26, 1; 5, 17, 11; Nov. 22 (*διάθεσις ἀμοιβαία*).

contrahendae societatis[1]) D. 17, 2, 44 [si animo — verbis] Beseler, Beitr. 2, 39; 3, 59.[2])

corrigendi D. 47, 10, 15, 38 [ceterum si — tenetur]; schulhafte Erörterung, während der Text in § 39 weitergeht.

credendi D. 10, 2, 50 [si non — ductus] Eisele, Sav. Z. 18, 18.

derelinquendi Berger, In tema di Derelizione 23 ff.

derelinquentis D. 47, 2, 43, 11 [quaestio — similiter non tenetur] Berger a. a. O. 46 ff.

emendandi D. 47, 10, 15, 38 (oben unter „corrigendi".[3])

infitiandi D. 41, 2, 3, 18 [et — habeas] [nec — admittatur]; moveris — habeas, potest — admittatur passen in Tempus und Modus nicht zueinander.

intercedendi D. 16, 1, 26 [intercedendi animo] [plane si — intercessisse]. Nach D. 9, 4, 39, 1 bedarf die Frau auch ohne animus intercedendi des Schutzes, nach D. 9, 4, 42 pr. wird das noxale judicium inutile, wenn der bona fide serviens die Status-Frage zur Entscheidung bringt.

legandi (deminuendi legatum) D. 34, 2, 18 [legandi animo] ist ganz überflüssig. D. 35, 1, 72, 8 [idque — scriberet] ist eine Glosse, die das Wort „falsa demonstratio" breit erläutert.

litigantis D. 35, 2, 11, 3 [cum — admittit] Beseler, Beitr. 2, 87.

nocendi D. 39, 3, 1, 12 [nec — fuit] Pernice-Krüger Dig.

novandi Levy, Sponsio 32 ff.

paciscentium D. 2, 14, 7, 12 [nisi — paciscentium] Riccobono, Sav. Z. 35, 282 mit Literatur.[4])

---

[1]) Vom animus contrahendae, distrahendae obligationis, solvendi war oben S. 278 die Rede (vgl. D. 44, 7, 5, 3; Gai. 3, 91).

[2]) Vgl. 17, 2. 31 [non affectione societatis] Berger, Teilungsklag. 133[1]; Beseler, Beitr. 2, 160; 4, 135 und D. 17, 2, 37: animum inierint societatis in ea hereditate (!), einzige Stelle mit animum inire, beginnend mit plane (zur Sache Mitteis, Rö. Priv.-R. 409 ff.).

[3]) D. 10, 2, 34 ist korr. (non emendi, sed dividendi animo) und handelt von schriftlicher Bestimmung.

[4]) D. 50, 16, 220, 3 „liberorum procreandorum animo et voto" ent-

promittentis D. 13, 5, 1, 4 (oben unter „constituentis“).
remunerandi D. 15, 3, 10, 7 |si quidem — animo| |si vero — versum|; v. Tuhr, Actio de in rem verso 226 versucht die Stelle sehr künstlich und unter Berufung auf die gleichfalls interpolierte l. 7, 1[1]) zu retten.
revertendi[2]) D. 21, 1, 43, 3 [nisi — fecit]; „id fecit“ (!) paßt nur zu „sciens se meum esse“, nicht zu „ignorans“. D. 41, 2, 47 [igitur — haberent] Beseler, Beitr. 3, 89.
solvendi D. 46, 1, 69 [licet — actionem] Levy, Sponsio 4[3].
transigendi D. 3, 6, 1, 3 [nam — concussionibus] Faber-Krüger Dig.; vgl. Just. C. 4, 5, 11, 1.
tribuendae libertatis D. 40, 5, 24, 8 [si modo — praestationem] Gradenwitz, Interpolationen 212.
vendendi D. 24, 1, 5, 5 siehe später S. 324 f.

Bei Justinian findet sich nur der animus calumniandi (C. 2, 58, 2 pr.) und compensandi (Inst. 3, 29, 3[a]). Bemerkenswert ist, daß der animus sogar in die Stipulation eindringt: C. 8, 37, 15 pr. (532): „tali animo faceret stipulationem“ und D. 13, 5, 1, 4: quoniam — animo — promittentis factum sit.[3]) Man erkennt, daß die Stipulationsform der Schenkung kein Hindernis mehr für die Berücksichtigung des animus ist; so stark ist seine Kraft.

Ist mit alledem die Grundlage der Untersuchung geschaffen, so bleibt nur noch eine Frage zu prüfen: wie ist es möglich, den animus zu beweisen? Ein innerer Wille, der keinen Ausdruck findet, kann keine Bedeutung im Rechtsstreite haben. Erst in byzantinischer Zeit ist die Schenkung durchaus an Schriftform gebunden; seit den Forschungen Riccobonos[4]) übersieht man die Rolle, die gerade das instrumentum donationis spielt. Ergibt sich so ein neuer Grund dafür, daß die animus-Lehre in die klassische Zeit mit ihrer unverdorbenen mündlichen Stipulation

hält keinen Geschäftswillen, ebensowenig der animus remanendi (revertendi) in D. 49, 15, 5, 3.

[1]) Unten S. 300 ff.

[2]) Der animus revertendi der animalia (D. 41, 1, 5, 5) gehört nicht hierher.

[3]) Oben unter promittentis.

[4]) Traditio ficta Sav. Z. 33, 277 ff.; 34, 159 ff.; Stipulatio ed instrumentum Sav. Z. 35, 214 ff.

nicht paßt, so ist weiter festzustellen, daß sie mit einer Praxis zusammenhängt, die gewohnt ist, in der notariellen Urkunde die Parteiabsicht zu bezeugen.[1]) Die Papyrus-Urkunden gewähren uns Einblick in diese Praxis. Schon im dritten Jahrhundert[2]) wird die Absicht der Liberalität urkundlich festgelegt:

P. Grenf. 2, 68 (Kopie dazu 2, 70) vom Jahre 247 (270) p. sagt l. 4 (7): *ὁμολογῶ χαρίζεσθαι σοὶ χάριτι ἀναφαιρέτῳ καὶ ἀμετανοήτῳ εὐνοίας ἕνεκεν* und P. Grenf. 2, 71 l. 11 (244/248 p.): *ὁμολογῶ χαρίζεσθαι ὑμῖν χάριτι αἰωνίᾳ καὶ ἀναφαιρέτῳ εὐνοίας χάριν καὶ φιλοστοργίας*. Ist dies nichts anderes als die vertragliche Feststellung des Erfordernisses von D. 39, 5, 1 pr.: [et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat][3]), so findet sich weiter auch die Beurkuudung des eigentlichen animus donandi, des Geschäftswillens der Schenkung. Die byzantinischen Urkunden sind auch hier wieder sehr lehrreich. P. Cairo Masp. 67003 (522 p.) legt ausdrücklich fest, daß geschenkt werde als Liebesgabe, *δωρησαμένης ἡμῖν — εἰς προσφορᾶν καὶ ἀγαπήν* (l. 21). P. Cairo Masp. 67096 (573 p.) sagt (l. 52): *βούλομ[α]ι κατὰ π[ᾶσαν] δικαίαν δωρέαν ἐπέχουσ[αν] τὸν* inter vivos *[τρ]όπον*[4]), bestimmt also in der Urkunde, daß es sich um eine rechtmäßige Schenkung von einer bestimmten Art handle. Besonders deutlich ist P. Münch. 8 (letztes Viertel des 6. Jahrh. p.) l. 6: *ὅθεν εἰς ταύτην ἐλήλυθα τὴν ὁμολογίαν τύπους ἔχουσα τῆς παραχωρήσεως νοοῦσα καὶ φρ[ονοῦσα] καὶ λογισμοῦ σῶς οὖσα καὶ ἐρρωμένην ἔχουσα τὴν διάνοιαν, δι' ἧς ὁμολογῶ[. .] καὶ ἀμετανοήτῳ γνώμῃ καὶ ἀδόλῳ προαιρέσει — —*. Die *γνώμη* und *προαίρεσις*, das ist die Parteiabsicht, der Geschäftswille, der auf liberalitas gerichtete animus. Deutlich erweisen dies die Scholien der Basiliken, wie etwa Dorotheos zu

---

[1]) Partsch, Gött. gel. Anz. 1915, 429, 434.

[2]) P. Oxy. 2, 273 (95 p.) zeigt noch nichts von solcher Beurkundung.

[3]) Siehe unten S. 287.

[4]) Statt [*τρ*]*όπον* vermute ich [*τ*]*ύπον*; vgl. P. Cairo Masp. 67154, 20 (*τὰ τυπικά*) und unten S. 291 Anm. 2; aber auch Lewald, Sav. Z. 33, 624[5].

D. 39, 5, 1 pr. (liberalitatem et munificentiam exerceat): τὴν φιλόδωρον αὐτοῦ προαίρεσιν (Heimb. 4, 564) oder der Basilikentext zu D. 34, 4, 18 (donantis munificentiam): ἐκ προαιρέσεως (Heimb. 4, 433). In der schriftlichen Schenkung der Spätzeit wird der animus donandi urkundlich wiedergegeben. Liegt kein schriftlicher „contractus" vor, so muß der animus ausdrücklich in einer schriftlichen Erklärung beurkundet werden, um beweisbar zu werden. Es wird später von der byzantinischen protestatio des animus die Rede sein, die diesen Zweck erfüllt.

Unter animus donandi versteht man gewöhnlich, daß Schenkung nur vorliege, wenn der Schenker aus Wohlwollen, aus Gunst gegen den Empfänger, in der Absicht, ihm eine Gefälligkeit zu erweisen, ihm unentgeltlich etwas zuwende.[1]) Dieser Gedanke beruft sich auf wenige Stellen, nämlich:

1. D. 39, 5, 1 pr. (Jul. 17 dig.): dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, [et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat]: haec proprie donatio appellatur. Beseler[2]) erklärt das bezeichnete Stück mit Recht für interpoliert; es ist eine Erläuterung (im byzantinischen Sinne) zu „nec ullo casu ad se reverti"; facit steht allein in ungebräuchlicher Weise.

2. D. 34, 4, 18 (Mod. 8 diff.): rem legatam si testator vivus alii donaverit [omnimodo] extinguitur legatum. [nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur: haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis exsistat]. Beseler[3]) und Albertario[4]) nehmen mit guten Gründen Interpolation an.[5])

Die Eingriffe werden noch wahrscheinlicher, wenn man sieht, daß Justinian liberalitas und munificentia gern mit donatio zusammenstellt:

[1]) Ausführliche Dogmengeschichte bei Burckhard, Begriff der Schenkung 76 ff., 131 ff.

[2]) Beitr. 3, 110. [3]) Beitr. 3, 43.

[4]) Revoca tacita dei legati 22; Formula Fabiana 49[1].

[5]) Vgl. über distinctio Sav. Z. 41, 260[2].

nicht paßt, so ist weiter festzustellen, daß sie mit einer Praxis zusammenhängt, die gewohnt ist, in der notariellen Urkunde die Parteiabsicht zu bezeugen.[1]) Die Papyrus-Urkunden gewähren uns Einblick in diese Praxis. Schon im dritten Jahrhundert[2]) wird die Absicht der Liberalität urkundlich festgelegt:

P. Grenf. 2, 68 (Kopie dazu 2, 70) vom Jahre 247 (270) p. sagt l. 4 (7): *ὁμολογῶ χαρίζεσθαι σοὶ χάριτι ἀναφαιρέτῳ καὶ ἀμετανοήτῳ εὐνοίας ἕνεκεν* und P. Grenf. 2, 71 l. 11 (244/248 p.): *ὁμολογῶ χαρίζεσθαι ὑμῖν χάριτι αἰωνίᾳ καὶ ἀναφαιρέτῳ εὐνοίας χάριν καὶ φιλοστοργίας.* Ist dies nichts anderes als die vertragliche Feststellung des Erfordernisses von D. 39, 5, 1 pr.: [et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat][3]), so findet sich weiter auch die Beurkuudung des eigentlichen animus donandi, des Geschäftswillens der Schenkung. Die byzantinischen Urkunden sind auch hier wieder sehr lehrreich. P. Cairo Masp. 67003 (522 p.) legt ausdrücklich fest, daß geschenkt werde als Liebesgabe, *δωρησαμένης ἡμῖν — εἰς προσφορᾶν καὶ ἀγαπήν* (l. 21). P. Cairo Masp. 67096 (573 p.) sagt (l. 52): *βούλομ[α]ι κατὰ π[ᾶσαν] δικαίαν δωρέαν ἐπέχουσ[αν] τὸν* inter vivos *[τρ]όπον*[4]), bestimmt also in der Urkunde, daß es sich um eine rechtmäßige Schenkung von einer bestimmten Art handle. Besonders deutlich ist P. Münch. 8 (letztes Viertel des 6. Jahrh. p.) l. 6: *ὅθεν εἰς ταύτην ἐλήλυθα τὴν ὁμολογίαν τύπους ἔχουσα τῆς παραχωρήσεως νοοῦσα καὶ φρ[ονοῦσα] καὶ λογισμοῦ σῶς οὖσα καὶ ἐρρωμένην ἔχουσα τὴν διάνοιαν, δι' ἧς ὁμολογῶ[. .] καὶ ἀμετανοήτῳ γνώμῃ καὶ ἀδόλῳ προαιρέσει — —.* Die *γνώμη* und *προαίρεσις,* das ist die Parteiabsicht, der Geschäftswille, der auf liberalitas gerichtete animus. Deutlich erweisen dies die Scholien der Basiliken, wie etwa Dorotheos zu

---

[1]) Partsch, Gött. gel. Anz. 1915, 429, 434.

[2]) P. Oxy. 2, 273 (95 p.) zeigt noch nichts von solcher Beurkundung.

[3]) Siehe unten S. 287.

[4]) Statt [τρ]όπον vermute ich [τ]ύπον; vgl. P. Cairo Masp. 67154, 20 (τὰ τυπικά) und unten S. 291 Anm. 2; aber auch Lewald, Sav. Z. 33, 624[5].

D. 39, 5, 1 pr. (liberalitatem et munificentiam exerceat): τὴν φιλόδωρον αὐτοῦ προαίρεσιν (Heimb. 4, 564) oder der Basilikentext zu D. 34, 4, 18 (donantis munificentiam): ἐκ προαιρέσεως (Heimb. 4, 433). In der schriftlichen Schenkung der Spätzeit wird der animus donandi urkundlich wiedergegeben. Liegt kein schriftlicher „contractus" vor, so muß der animus ausdrücklich in einer schriftlichen Erklärung beurkundet werden, um beweisbar zu werden. Es wird später von der byzantinischen protestatio des animus die Rede sein, die diesen Zweck erfüllt.

Unter animus donandi versteht man gewöhnlich, daß Schenkung nur vorliege, wenn der Schenker aus Wohlwollen, aus Gunst gegen den Empfänger, in der Absicht, ihm eine Gefälligkeit zu erweisen, ihm unentgeltlich etwas zuwende.[1]) Dieser Gedanke beruft sich auf wenige Stellen, nämlich:

1. D. 39, 5, 1 pr. (Jul. 17 dig.): dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, [et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat]: haec proprie donatio appellatur. Beseler[2]) erklärt das bezeichnete Stück mit Recht für interpoliert; es ist eine Erläuterung (im byzantinischen Sinne) zu „nec ullo casu ad se reverti"; facit steht allein in ungebräuchlicher Weise.

2. D. 34, 4, 18 (Mod. 8 diff.): rem legatam si testator vivus alii donaverit [omnimodo] extinguitur legatum. [nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur: haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis exsistat]. Beseler[3]) und Albertario[4]) nehmen mit guten Gründen Interpolation an.[5])

Die Eingriffe werden noch wahrscheinlicher, wenn man sieht, daß Justinian liberalitas und munificentia gern mit donatio zusammenstellt:

---

[1]) Ausführliche Dogmengeschichte bei Burckhard, Begriff der Schenkung 76 ff., 131 ff.

[2]) Beitr. 3, 110. [3]) Beitr. 3, 43.

[4]) Revoca tacita dei legati 22; Formula Fabiana 49[1].

[5]) Vgl. über distinctio Sav. Z. 41, 260[2].

nicht paßt, so ist weiter festzustellen, daß sie mit einer Praxis zusammenhängt, die gewohnt ist, in der notariellen Urkunde die Parteiabsicht zu bezeugen.[1]) Die Papyrus-Urkunden gewähren uns Einblick in diese Praxis. Schon im dritten Jahrhundert[2]) wird die Absicht der Liberalität urkundlich festgelegt:

P. Grenf. 2, 68 (Kopie dazu 2, 70) vom Jahre 247 (270) p. sagt l. 4 (7): *ὁμολογῶ χαρίζεσθαι σοὶ χάριτι ἀναφαιρέτῳ καὶ ἀμετανοήτῳ εὐνοίας ἕνεκεν* und P. Grenf. 2, 71 l. 11 (244/248 p.): *ὁμολογῷ χαρίζεσθαι ὑμῖν χάριτι αἰωνίᾳ καὶ ἀναφαιρέτῳ εὐνοίας χάριν καὶ φιλοστοργίας.* Ist dies nichts anderes als die vertragliche Feststellung des Erfordernisses von D. 39, 5, 1 pr.: [et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat][3]), so findet sich weiter auch die Beurkuudung des eigentlichen animus donandi, des Geschäftswillens der Schenkung. Die byzantinischen Urkunden sind auch hier wieder sehr lehrreich. P. Cairo Masp. 67003 (522 p.) legt ausdrücklich fest, daß geschenkt werde als Liebesgabe, *δωρησαμένης ἡμῖν — εἰς προσφορᾶν καὶ ἀγαπήν* (l. 21). P. Cairo Masp. 67096 (573 p.) sagt (l. 52): *βούλομ[α]ι κατὰ π[ᾶσαν] δικαίαν δωρέαν ἐπέχουσ[αν] τὸν* inter vivos *[τρ]όπον*[4]), bestimmt also in der Urkunde, daß es sich um eine rechtmäßige Schenkung von einer bestimmten Art handle. Besonders deutlich ist P. Münch. 8 (letztes Viertel des 6. Jahrh. p.) l. 6: *ὅθεν εἰς ταύτην ἐλήλυθα τὴν ὁμολογίαν τύπους ἔχουσα τῆς παραχωρήσεως νοοῦσα καὶ φρ[ονοῦσα] καὶ λογισμοῦ σῶς οὖσα καὶ ἐρρωμένην ἔχουσα τὴν διάνοιαν, δι' ἧς ὁμολογῶ[. .] καὶ ἀμετανοήτῳ γνώμῃ καὶ ἀδόλῳ προαιρέσει — —.* Die *γνώμη* und *προαίρεσις,* das ist die Parteiabsicht, der Geschäftswille, der auf liberalitas gerichtete animus. Deutlich erweisen dies die Scholien der Basiliken, wie etwa Dorotheos zu

---

[1]) Partsch, Gött. gel. Anz. 1915, 429, 434.

[2]) P. Oxy. 2, 273 (95 p.) zeigt noch nichts von solcher Beurkundung.

[3]) Siehe unten S. 287.

[4]) Statt [τρ]όπον vermute ich [τ]ύπον; vgl. P. Cairo Masp. 67154, 20 (τὰ τυπικά) und unten S. 291 Anm. 2; aber auch Lewald, Sav. Z. 33, 624[4].

D. 39, 5, 1 pr. (liberalitatem et munificentiam exerceat): τὴν φιλόδωρον αὐτοῦ προαίρεσιν (Heimb. 4, 564) oder der Basilikentext zu D. 34, 4, 18 (donantis munificentiam): ἐκ προαιρέσεως (Heimb. 4, 433). In der schriftlichen Schenkung der Spätzeit wird der animus donandi urkundlich wiedergegeben. Liegt kein schriftlicher „contractus" vor, so muß der animus ausdrücklich in einer schriftlichen Erklärung beurkundet werden, um beweisbar zu werden. Es wird später von der byzantinischen protestatio des animus die Rede sein, die diesen Zweck erfüllt.

Unter animus donandi versteht man gewöhnlich, daß Schenkung nur vorliege, wenn der Schenker aus Wohlwollen, aus Gunst gegen den Empfänger, in der Absicht, ihm eine Gefälligkeit zu erweisen, ihm unentgeltlich etwas zuwende.[1]) Dieser Gedanke beruft sich auf wenige Stellen, nämlich:

1. D. 39, 5, 1 pr. (Jul. 17 dig.): dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, [et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat]: haec proprie donatio appellatur. Beseler[2]) erklärt das bezeichnete Stück mit Recht für interpoliert; es ist eine Erläuterung (im byzantinischen Sinne) zu „nec ullo casu ad se reverti"; facit steht allein in ungebräuchlicher Weise.

2. D. 34, 4, 18 (Mod. 8 diff.): rem legatam si testator vivus alii donaverit [omnimodo] extinguitur legatum. [nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur: haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in necessitatibus liberalis exsistat]. Beseler[3]) und Albertario[4]) nehmen mit guten Gründen Interpolation an.[5])

Die Eingriffe werden noch wahrscheinlicher, wenn man sieht, daß Justinian liberalitas und munificentia gern mit donatio zusammenstellt:

---

[1]) Ausführliche Dogmengeschichte bei Burckhard, Begriff der Schenkung 76 ff., 131 ff.

[2]) Beitr. 3, 110. [3]) Beitr. 3, 43.

[4]) Revoca tacita dei legati 22; Formula Fabiana 49[1].

[5]) Vgl. über distinctio Sav. Z. 41, 260[2].

C. 1, 5, 19 pr. (529): donationes seu alias liberalitates; C. 5, 3, 19 pr. (527): in huiusmodi munificentiis — liberalitatem[1]);

D. 42, 4, 15 [non ob liberalitatem]: Steiner, Datio in solutum 69 ff.

D. 2, 15, 1 qui vero paciscitur [donationis causa] rem certam et indubitatam [liberalitate] remittit: Brenkmann bei Peters, Sav. Z. 32, 376.

Die Worte „animus donandi" kommen hier nirgends vor. Die Lehre von der wohlwollenden Absicht bei der Schenkung sollte also nicht mit dem animus donandi, sondern mit der liberalitas bezeichnet werden. Sie beruht auf byzantinischen Zusätzen zu den klassischen Quellen. Animus donandi ist in den Quellen in einem verwandten, aber doch abweichenden Sinne gebraucht, nämlich zur Abgrenzung der Schenkung von anderen Geschäften, wie etwa negotiorum gestio, Mandat, Kauf. Nicht eigentlich die Absicht der Liberalität, sondern der Wille zu schenken, der Wille zur Unentgeltlichkeit wird aus dem animus donandi gefolgert. Ob donatio oder ein anderes Geschäft vorliegt, wird nicht aus der Unentgeltlichkeit selbst, sondern aus der Parteiabsicht festgestellt. Der animus verändert das Wesen des Geschäftes. Die Arbeiten von Longo[2]) und Rotondi[3]) haben gelehrt, daß natura actionis und natura contractus das Wesen der byzantinischen Geschäfte bestimmen. Der animus gehört in diese Reihe. Auch er wirkt auf die Art des Geschäftes ein; von ihm hängt die Natur des Geschäftes ab. An Stelle der klassischen Einordnung unter die Aktionen nach dem Tatbestande des Geschäfts tritt in byzantinischer Zeit die Berücksichtigung der inneren voluntas, des animus.

In D. 12, 1, 9, 9 entscheidet der animus, ob depositum oder mutuum gegeben sei; diese byzantinische Lehre[4]) beruht auf dem Gedanken der Leute von Beryt, wie er bei dem Anonymus, dem Überlieferer der östlichen Schultradition[5]), deutlichen Ausdruck findet:

---

[1]) Vgl. C. 5, 9, 3 pr. (382): munificae liberalitatis.

[2]) Longo, Natura actionis, Studi Scialoja 1, 605 ff. und Bull. 17 (1906) 34 ff. [3]) Rotondi, Natura contractus, Bull. 24 (1911), 5 ff.

[4]) Schulz, Digesten 64. [5]) Peters, Digestenkommentare 10 ff.

τότε δὲ ἐλέγχονται ἀπὸ διαθέσεως τὰ συναλλάγματα, ὅτε οὐκ ἐλέγχεσθαι ταῦτα δυνατὸν ἀπὸ τῶν πραγμάτων, ἀλλ' ὅσον τὸ ἐπὶ τοῖς πράγμασι ταλαντεύεται ὧδε κἀκεῖσε τὸ συνάλλαγμα τόδε ἢ τόδε ὀνομασθῆναι μὴ δυνάμενον, εἰ μὴ καὶ ἡ διάθεσις ἐλθοῦσα ὄνομα τῷ συναλλάγματι ἐπιθῆσαι.

Die ganze Schultheorie liegt hier offen. Aus den Tatsachen (*πράγματα*) kann nicht entnommen werden, welches „negotium" gegeben ist. Das negotium schwankt; man weiß nicht, welchen Namen man ihm geben soll — da wird nach dem animus (*διάθεσις*) entschieden. Er gibt dem Geschäfte den Namen. Das erinnert an die *ἀνώνυμα συναλλάγματα*[1]) und die Rolle, die der Name der Aktionen in der Spätzeit spielt.[2]) Der Klassizismus der Byzantiner hält an den alten Aktionen fest[3]); aber die Einstellung ist doch eine ganz neue. In den Willen der Parteien wird die juristische Einordnung in das Vertrags-Schema zurückverlegt; der Versuch, den heute zuweilen eine nicht genügend freie und selbstbewußte Rechtsprechung macht, in den Vertragsschluß einen Rechtswillen hineinzulegen, statt aus dem wirtschaftlichen Willen die juristische Gestalt herauszubilden — er findet seinen Vorläufer in dem Bestreben dieser Zeit, dem animus der Parteien die Lösung der Frage anzuvertrauen, welcher Vertrag gegeben sei. Wie das pactum den formlos ausgedrückten Willen zur Wirksamkeit bringt, so der animus den überhaupt nicht erklärten. Wenn es in D. 2, 14, 7, 5 heißt: [(pactum) interdum format actionem][4]), so steht daneben D. 3, 5, 14; wo durch den animus (quasi unum negotium gesturus — quasi plura negotia gesta sunt) die „actio formatur".[5]) Zu dem formare der actio tritt das formare des contractus[6]) in C. 5, 12, 10 (286): cum dotem te aestimatam

[1]) Heimb. Bas. 2, 379 zu D. 19, 5, 3.

[2]) Brugi, Le nome dell' azione, Armari-Festschr. 2, 284.

[3]) Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 228 ff.; Anklage und Streitbefestigung, Abwehr 52 ff.

[4]) Rotondi, Bull. 24, 106 ff.; vgl. D. 2, 14, 27, 2 ip.

[5]) Ip.: Albertario, Filangieri 1911, 820; vgl. Peters, Sav. Z. 32, 268; aber auch Partsch, Neg. gestio 1, 31[2].

[6]) Nach Voc. Jur. Rom. 1, 121, 35; 998, 39 gibt es nur diese drei Stellen; dazu C. 5, 13, 1, 11 (530) formare decet ex stipulatu actionem und „contractui formam dare" (D. 45, 1, 52 pr.: Beseler, Beitr. 2, 71).

accepisse profitearis, apparet jure communi [per pactum quod doti insertum est formato contractu] ex empto actionem esse. An der Interpolation zweifelt man nicht, wenn man bei Rotondi[1]) die Fülle der Basilikenscholien überblickt, in denen von *τυποῦν, μετατυποῦν* = formare der Kontrakte gesprochen wird.[2]) Bei der Auswahl der Klagengattung, des genus actionis im späten Prozesse[3]) werden nicht mehr die alten Formeln, formulae, angewendet, sondern es wird der Name, der Typus des Geschäftes, die forma genannt. Diese forma[4]), das Muster, ist verwandt mit der natura; Wesen und Form hängen zusammen; die natura bestimmt, unter welche forma das Geschäft fällt. Nur ist es nicht mehr die formula des Prozesses, die jetzt die entscheidende Rolle spielt, sondern das Muster des Vertrages, das ja natürlich mit der Entwicklung der Notariatspraxis eine immer größere Bedeutung bekommen muß. Wenn an die Stelle der klassischen bonae fidei judicia die byzantinischen bonae fidei contractus treten[5]), so beruht dies auf solcher Entwicklung; und wenn wir im byzantinischen Digestenkommentar P. Soc. Ital. 1, 55 l. 70 von b(ona) f(ide) *τύποι* lesen, so werden wir besser verstehen, warum nach der Vermutung von Cujac[6]) die Kompilatoren in Inst. 4, 15 pr. die „formae" und in D. 1, 2, 2, 7 die „forma" eingefügt haben. Der animus dient dazu, das Geschäft und damit die Klage zu bestimmen: *ὁρίζεσθαι τὴν ἀγωγήν,* wie es in der Schrift de actionibus 1[7]) heißt[8]); denn

---

[1]) A. a. O z. B. S. 60, 74, 75, 76, 77, 78, 80 usw.

[2]) D. 45, 1, 52 pr.: in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant wird nach der Vermutung von Beseler, Beitr. 2, 71 interpoliert sein, zumal conventionalis nur noch in D. 45, 1, 5 pr. (Beseler, Beitr. 3, 137), im Cod. Theod. gar nicht, wohl aber bei Justinian (vgl. Longo, Voc.) vorkommt (Voc. Jur. Rom. 1, 102, 49).

[3]) Mitteis, Zur Lehre von den Libellen, 112.

[4]) Die übrigen Bedeutungen von forma, das überall mit *τύπος* übersetzt wird, interessieren hier nicht: Stellenübersicht bei Beseler, Beitr. 2, 23 f.

[5]) Oben S. 278 Anm. 1. [6]) Op. IX 1138—1139.

[7]) Zachariae, Sav. Z. 14, 88 ff.

[8]) Vgl. auch *ὁρίζεσθαι* bei Theophilus Inst. 4, 15, 8; Heimb. Bas. 4, 606 (Schol. des Dorotheos) übersetzen definitio (D. 39, 6, 31 pr.) mit *ὅρος*; in Heimb. Bas. 1, 561 (Steph. zu D. 2, 14, 7, 5) heißt es: *ἐκεῖνα σύμφωνα μετατυποῦσι τὴν ἀγωγήν —, ἅπερ ὅρον τινὰ παρέχουσι τῷ συναλλάγματι.*

die actio ist proposito negotio competens (C. 2, 57, 3 (428)). Der Vertragstypus heißt auch in den späten Papyrusurkunden *τύπος*, z. B. P. Flor. 3, 279, 16 (514 p.) *κατὰ τὸν αὐτὸν τύπον* oder P. Cairo Masp. 67120, 13 (550 p. ?) und P. Lond. III p. 257 nr. 1015 l. 18 (6. Jahrh.): *πλήρει τύπῳ*. Wenn also in P. Cairo Masp. 67154 l. 20 (6. Jahrh.) die Rede ist von „*τὰ τυπικά*", so sind damit nicht bloß die üblichen Schlußklauseln[1]), sondern die naturalia negotii gemeint; da eine Schenkung vorliegt, die nichts vom animus donandi sagt, wird man auch ihn unter diesen zu ergänzenden *τυπικά* vermuten dürfen. Die Zusammengehörigkeit von *τύπος* und natura zeigt sich, wenn man Inst. 3, 24, 3: „quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam" vergleicht mit P. Lond. II p. 325 nr. 483 (616 p.) l. 15—16: *κατὰ τὸν διηγορευμένον τοῖς νόμοις περὶ ἐμφυτεύσεως τύπον.*[2]) Von der mortis causa donatio sagt Justinian Inst. 2, 7, 1: procedat, quemadmodum eam nostra formavit constitutio. Auch die Schenkung unter Lebenden empfängt ihre Gestalt[3]), die sie von andern Geschäften unterscheidende Form durch einen Geschäftswillen, der animus donandi heißt.

Mit alledem soll eine Entwicklung wahrscheinlich gemacht werden, die sich dahin zusammenfassen läßt: die animus-Lehre hängt mit der Ausdehnung der bona fides zusammen; sobald die bona fides alle judicia erfüllt, dringt der animus sogar in die Stipulation ein. Die Schenkung verliert

---

[1]) So Lewald, Sav. Z. 33, 625.

[2]) Vgl. forma mandati in D 17, 1, 46 ip. (Beseler, Beitr. 1, 84; 3, 144[1]) und D. 17, 1, 48, 1 ip. (Rotondi, Bull. 24, 35) mit *τύπος παραχωρήσεως* (P. München 8, 7) und *τύπος ἐλαιουργοῦ* (P. Flor. 2, 187, 3); forma wird mit *τύπος* in Bas. 2, 126 zu D. 17, 1, 46, natura mit *τύπος* in Bas. 2, 128 zu D. 17, 1. 48, 2 übersetzt. Nur, weil die Stellen alle aus derselben Zeit (um 200 p.) stammen, setze ich hierher noch 1. Philostratos (vit. soph. 1, 25, 21) *οἱ δὲ τύποι γράμμα εἰσὶν ἀγορᾶς* (nach Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht 96, 6 u. 140 „eine eigentümliche Klagform"); 2. Pollux, Onomastikon (Bekker 8, 29): *καὶ δίκης μὲν λῆξις εἴη ὁ νῦν καλούμενος τύπος, τὸ ἰδιωτικῶς ἀμφισβήτημα* (Vergleich zwischen griechischer und römischer Klage); 3. Tertullian, de idol. 13: da formam, in quam velis agi tecum (vgl. Partsch, Schriftformel 62[1]).

[3]) *τύπος* ist auch die Übersetzung von figura: Bas. Text zu D. 44, 7, 38 (bei Heimb. Bas. 5, 109); vgl. dazu D. 44, 7, 1 pr. (variae causarum figurae) u. D. 39, 6, 31 pr. (figurae, quae proprio nomine appellantur).

zugleich ihre Stipulationsform und nähert sich den Konsensualkontrakten, und zwar sowohl als Schenkungsversprechen, wie als Schenkungsvollzug (alienatio). Der animus wird in der Spätzeit besonders bei den Kontrakten bestimmend, indem er (ähnlich wie das pactum) die Natur des Geschäftes verändert (formare). Dies ist nur möglich, weil auch die Schenkung ein schriftlicher Vertrag wird; das in der Praxis des Ostens ausgebildete Muster des Vertrages (τύπος, forma), das den animus donandi beurkundet, legt die Natur des Kontraktes und der Klage fest.

Es sollen nunmehr sämtliche Stellen, in denen der animus donandi vorkommt, geprüft werden; es scheint, daß sie alle interpoliert sind.

Wo die Institutionen 4, 6, 38 „ex donatione" sagen, spricht Theophilus vom „animus donandi". Dies erweckt Verdacht.

Der Regreß des Bürgen wird zuweilen davon abhängig gemacht, daß dieser sich nicht animo donandi verbürgt habe. Beschenkt werden soll durch eine solche Verbürgung der Schuldner; aber er wird ja durch die Verbürgung noch gar nicht bereichert; erst in der Zahlung an den Gläubiger könnte eine Schenkung liegen; doch diese Zahlung erfolgt ja nicht als Zahlung auf die fremde, sondern als solche auf die eigene Bürgschaftsschuld, die durch Stipulation übernommen ist. Auch wird ja nicht eine bereits entstandene Regreßschuld erlassen, sondern nur der Erwerb der Regreßforderung unterlassen; dies ist aber keine Schenkung.[1]) Schon hieraus ergeben sich Bedenken gegen die fidejussio donandi animo. Sie verstärken sich, wenn man die historische Entwicklung betrachtet. Die alte Klage des Bürgen gegen den Hauptschuldner ist die actio depensi.[2]) Ohne Rücksicht

---

[1]) Savigny, System 4, 28 ff.; er erkennt (4, 133) dieses Bedenken, weist es aber unter Hinweis darauf ab, daß auch das Versprechen einer dos durch einen Fremden an den Ehemann eine Schenkung des Fremden an die Frau darstelle (4, 124), die sogar ohne ihr Wissen die dotis actio erwerbe; die hierfür (4, 124[s]) angeführten Stellen sind jedoch sämtlich interpoliert; D. 23, 3, 9, 1 (Eisele-Krüger Dig.); D. 23, 3, 33 (Beseler, Beitr. 3, 77 f.); D. 23, 3, 43, 1 (Pernice-Krüger Dig.); C. 5, 13, 1, 13[b] (Just.); D. 44, 4, 5, 5 (Mitteis, Rö. Priv.-R. 166[56]).

[2]) Levy, Sponsio 43, 74; Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht 274.

auf den Grund der Verbürgung wird hier dem Bürgen eine durch manus injectio noch spät ohne Selbstverteidigung des Schuldners vollstreckbare Klage gewährt, die durch Leugnen auf das Doppelte wächst.[1]) Allmählich treten an ihre Stelle die actio mandati contraria und die actio negotiorum gestorum contraria. Bei Justinian, der das beneficium excussionis einführt[2]), spielt der Regreß des Bürgen praktisch keine große Rolle mehr; ist der Schuldner erst vom Gläubiger ohne Erfolg belangt, so ist auch für den Bürgen nicht mehr viel bei ihm zu holen. Der Regreß kann also eingeschränkt werden. Das geschieht in drei Richtungen. Die bei den Juristen[3]) zweifelhafte Frage, ob der Bürge, der sich gegen das Verbot des Schuldners verbürgt hat, die actio neg. gest. habe, wird von Justinian[4]) verneint. Dem Bürgen wird der Regreß genommen, wenn er ein fidejussor in rem suam oder ein socius in eam rem ist: D. 2, 14, 24, wo von einem solchen fidejussor in rem suam gesprochen wird, ist interpolationsverdächtig[5]); D. 34, 3, 5, 1: „si vel reus ipse vere fuit aut in eam rem socius reus“ ist interpoliert[6]); D. 34, 3, 5 pr.: „si ad fideiussorem pecunia pervenerit et ipse reum dederit vice sua ipseque fideiusserit“ wird später als interpoliert erwiesen werden. Der dritte Fall der Einschränkung des Regresses ist der einer fidejussio donandi animo. Alle drei Fälle finden Erwähnung in:

1. D. 17, 1, 6, 2 (Ulp. 31 ed.): Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor [et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio].

Nachdem zunächst die Mandatsklage gegeben ist, wird sie dann noch einmal mit drei Ausnahmen gegeben: mandati teneor et, nisi — erit mandati actio. Teneri und actionem esse drücken dasselbe aus. Nisi pro invito quis

---

[1]) Gai. 3, 127; 4, 22, 25, 102, 171. [2]) Nov. 4 c. 1.

[3]) D. 3, 5, 7, 3 (Ulp. 10 ed.) Schluß von ita an ip. nach Di Marzo, Le L decisiones di Giustiniano 47[1]; D. 17, 1, 40: Justinian verschweigt die Namen der Gegner, die er durch „quidam“ ersetzt.

[4]) C. 2, 18, 24 (530).

[5]) Rotondi, Pactum de non petendo 58: non è veramente molto chiaro.

[6]) Faber-Krüger Dig.

intercesserit beruht auf der Übertragung des justinianischen Gedankens von C. 2, 18, 24 von der neg. gestio auf das Mandat. Aber diese Übertragung ist ganz unpassend; von einem Mandat gegen den Willen des Mandanten zu sprechen ist widersinnig. So widerspricht denn auch das „pro invito“ in der Klammer dem vorhergehenden „passus sim“. Die Mandatsklage des Bürgen ist für den klassischen Juristen durchaus natürlich; zu ihrer Begründung genügt, daß der Schuldner den Bürgen nicht gehindert hat: D. 50, 17, 60 (Ulp. 10 disput.): semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur[1]); nur ein Verbot des gegenwärtigen Schuldners schließt sie aus: D. 17, 1, 40 (Paul. 9 ed.); si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati — actio est.[2]) Gaius 3, 127 behandelt die Klage als stets gegeben: quod si quid pro reo solverint, eius reciperandi causa habent cum eo mandati judicium. Schon hieraus ergibt sich, daß in klassischer Zeit Mandat und Schenkung nicht zusammentreffen können. „Negotium gerens“ gibt nur einen Sinn, wenn dazwischen mit Mommsen „suum“ eingeschaltet wird[3]); dann aber ist von dem oben bereits verdächtigten fideiussor in rem suam die Rede.[4]) Daß der „aliquis“ nun „quis“ heißt und daß „teneor“ und „erit“ im Tempus nicht zueinander passen, darf zur Ergänzung bemerkt werden.

2. D. 34, 3, 5 pr. § 1 (Ulp. 23 ad Sab.): Si quis reum habeat et fideiussorem et reo liberationem leget, Julianus ibidem scripsit reum per acceptilationem liberandum [alioquin si fideiussorem coeperit convenire, alia ratione reus convenitur]. quid tamen, si donationis causa fideiussor intervenit

[1]) Vgl. C. 4, 35, 6 (Gordian 238): der fidejussor pro reo patiente hat die a. mandati.

[2]) Vgl. D. 17, 1, 20, 1 (Paul. 11 ad Sab.): Fidejussori negotiorum actio est, si pro absente fidejusserit; nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum. Eine dritte Möglichkeit wird nicht erwogen.

[3]) So auch die italienische Digestenausgabe.

[4]) Ein solcher erscheint übrigens in ganz ähnlicher Form in D. 16, 1, 25, 1 (Mod. lib. sing. de heur.): quod si pro eo fideiussit, exceptione senatus consulti Velleiani judicio conventa adversus creditorem tueri se poterit ⟨nisi pro suo negotio hoc fecerit⟩; die mit nisi angehängte Ausnahme (hoc fecerit!) dürfte kaum Modestin angehören. D. 16, 1, 13 pr. und D. 16 1, 21 pr. treffen andere Fälle.

[nec habet adversus reum regressum?] vel quid si ad fideiussorem pecunia pervenerit et ipse reum dederit vice sua ipseque fideiusserit? pacto est reus liberandus. [atquin solemus dicere pacti exceptionem fideiussori dandam, quae reo competit: sed cum alia mens sit testatoris, alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus]. § 1 quod si fideiussori sit liberatio legata, sine dubio, ut et Julianus scripsit, pacto erit fideiussor liberandus. [sed et hic puto interdum acceptilatione liberandum, si vel reus ipse vere fuit aut in eam rem socius reus].

Das erste und zweite eingeklammerte Stück erweist Rotondi[1]) als eingeschoben, das dritte Faber-Krüger Dig., Beseler[2]), Rotondi, das vierte Faber-Krüger Dig. Die Erörterung ist parallel der in D. 2, 14, 21, 5—26 über die exceptio pacti: 21, 5 itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet 22 ip.[3]) 23 Fideiussoris autem conventio nihil proderit reo, quia nihil eius interest a debitore pecuniam non peti — 24 ip.[4]), 25 pr. § 1 ip.[5]) § 2—26 ip.[6]) Dort steht in den byzantinischen Einschüben die Rücksicht auf den Parteiwillen (l. 22, l. 26) und der Fall des fideiussor in rem suam (l. 24). Ganz ebenso in unserer Stelle, die wieder wie D. 17, 1, 6, 2 alle drei Fälle des fehlenden Regresses nebeneinander stellt. Die erste Klammer begründet Rotondi mit dem Fehlen des Subjektes (heres)[7]), die zweite mit dem Worte regressus.[8]) Man muß noch weiter gehen und das ganze Stück [alioquin — dicimus] ausschalten. Daß „intervenit" nicht zu „pervenerit, dederit, fideiusserit" paßt, ist schon Rotondi[9]) aufgefallen; „quid tamen si" mit seiner lebhaften und lehrhaften Frage ist häufig unecht[10]); das betonte „ipse" (reum dederit) ist ein

[1]) Pactum de non petendo 43 ff.

[2]) Beseler, Beitr. 3, 141; 4, 181.

[3]) Albertario, Filangieri 1911, 11; Rotondi a. a. O. 39.

[4]) Oben S. 293 Anm. 5. [5]) Rotondi a. a. O. 55.

[6]) Rotondi a. a. O. 41. [7]) Dazu: convenitur statt convenietur.

[8]) regressus adversus erscheint nur noch in D. 21, 2, 34 pr. (ip. Gradenwitz, Interpol. 82); übrigens behandelt Gradenwitz, wie Voc. Jur. Rom. 5, 59, 7 zeigt, alle Stellen mit regressus bis auf zwei (D. 16, 1, 3 und D. 47, 6, 3 pr.); diese scheint Beseler, Beitr. 4 III angreifen zu wollen.

[9]) A. a. O. 43.

[10]) z. B. D. 4, 4, 7, 2 (Faber, Conject. 18, 13 (703, 2)), D. 13, 5, 14, 2 (Beseler, Beitr. 4, 261),

Gräzismus[1]); vice sua alium reum dare bedeutet Delegation[2]), nicht Bürgschaft; pacto est liberandus: es müßte „erit" heißen, wie in § 1. Vor allem aber ist der Gedanke dem in § 1 im letzten Satz geäußerten so verwandt, daß entweder beide oder keiner echt ist. Die Interpolation des § 1 steht aber fest[3]); als besondere Anzeichen sind „et hic"[4]), „interdum"[5]) und „vere"[6]) zu vermerken. Die Verwandtschaft ist folgende: im pr. Regel: acceptilatio; Ausnahme: pactum (ipse reum dederit); § 1 Regel: pactum; Ausnahme: acceptilatio (reus ipse – fuit). Haben die Byzantiner in das pr. erst die Ausnahmen hineingebracht, so muß das „sine dubio" im § 1 fallen; denn es bezieht sich auf diese.[7]) Im klassischen Kern lautet D. 34, 3, 5 pr. § 1: si quis reum habeat et fideiussorem et reo liberationem leget, Julianus ibidem scripsit reum per acceptilationem liberandum. quod si fideiussori sit liberatio legata, ut et Julianus scripsit, pacto erit fideiussor liberandus.

Der fideiussor, der keinen Regreß hat, weil er „donationis causa intervenit", ist also nicht klassisch. Die allzu starke Betonung des Regresses für die Wirksamkeit der Einrede ist seit je anstößig.[8])

3. D. 2, 14, 32 (Paul. 3 ad Plaut.): Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur. [igitur si mandati actio nulla sit,

D. 17, 1, 8, 8 (Beseler, Beitr. 3, 126),
D. 18, 2, 9 (Beseler, Beitr. 1, 86, Krüger Dig.),
D. 19, 1, 13, 13 (Haymann, Haft. d. Verk. 114),
D. 27, 4, 1, 6 (Beseler, Beitr. 2, 114; 3, 164),
D. 33, 8, 6, 4 (Beseler, Beitr. 2, 64; 3, 195),
D. 47, 4, 1, 3 (Beseler, Beitr. 1, 113, 115).

Außerhalb der Dig. kommt das Wort nicht vor (Voc. Jur. Rom. 5, 444, 31—43).

[1]) Seckel s. v. ipse 5). [2]) D. 46, 2, 11 pr.

[3]) Faber-Krüger Dig. [4]) Sav. Z. 41, 252[2].

[5]) Sav. Z. 41, 253[1].

[6]) Seckel s. v. vere 1) zitiert für solche Bedeutung nur diese Stelle.

[7]) Ist ⟨ut et Julianus scripsit⟩ echt?

[8]) Mitteis, Jherings J. 28, 150—158.

forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori].

Der Zusammenhang der exceptio mit dem Regresse ist hier besonders betont, weil das pactum zugunsten eines Dritten wirkt.[1]) Doch das Beispiel im zweiten Satze geht davon aus, daß die Regel nur für den Regreßfall gelte. Das aber ist ein Irrtum. Paulus selbst[2]) gibt die exceptio stets, ohne Ausnahme: itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet. Es ist also stets Regreß möglich. In der Form fällt auf: igitur vorangestellt[3]), forte, actio nulla sit. Rotondi zitiert[4]) zwar nur den echten Teil der Stelle[5]), scheint aber gegen den letzten Satz keinen Verdacht zu haben. Segré[6]) zweifelt, ohne Gründe anzugeben. Ist der Satz interpoliert, so ist der fideiussor donandi animo eine byzantinische Erfindung. Dies bewährt sich an anderen Stellen.

4. D. 14, 6, 9, 3 (Ulp. 29 ed.): Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius [qui et ipsi mandati habent regressum], [nisi forte donandi animo intercesserunt]: [tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit]. sed [et] si [non donandi animo], patris [tamen] voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.

Gradenwitz[7]) erklärt [qui et — regressum] und [cum nullum — habeant], Krüger Dig. [tunc enim — habebit] für interpoliert. Gradenwitz weist auf regressus (das hier zum zweiten Male erscheint), auf „ipsi“ und auf „cum nullum regressum habeant“ statt „cum regressum non habeant“ hin. Die letzte anstößige Fassung ist dieselbe, die schon in D. 2,

---

[1]) Rotondi a. a. O. 45[1]. [2]) D. 2, 14, 25, 1.

[3]) Beseler, Beitr. 3, 105 ff. und dazu noch D. 40, 7, 40, 8 [igitur — pareant]; vgl. dazu D. 40, 7, 40, 7 und Samter, Sav. Z. 27, 171 ff., wo ich lieber [quidem] und [verum jndicaturo — statuliberis esse] streichen möchte.

[4]) A. a. O. 37.

[5]) Aber er sagt doch a. a. O. 45[1]: formalmente insospettabile, almeno nella prima parte.

[6]) Sull' efficacia del pact. de non petendo, Riv. del dir. commerciale 12, 1065.

[7]) Interpolationen, 85 ff.

14, 32 (si mandati actio nulla sit) begegnete. Dazu kommt, daß „nisi forte donandi animo intecesserunt“ mit „forte si donandi animo fideiusserit“ in D. 2, 14, 32 fast wörtlich übereinstimmt.[1]) Schließlich ist die von Albertario gerügte Konstruktion „nisi — tnnc enim“ zu beachten. Im zweiten Satze heißt es, der ganze Vertrag scheine vom Vater gebilligt, auch wenn nicht mit animus donandi, sondern mit Willen des Vaters interzediert werde. Kein klassischer Jurist kann gesagt haben, daß der Vertrag gebilligt sei, falls die Bürgen sich animo donandi verbürgt haben. Die exceptio sc. Macedoniani steht natürlich dem Sohne auch zu, falls sein Bürge keinen Regreß hat. Ganz anders liegt es, wenn die Verbürgung mit Willen des Vaters stattfand. Muß darum aus dem zweiten Satze [et], [non donandi animo] und [tamen] herausgestrichen werden, so fällt erhöhter Verdacht auf [nisi — intercesserunt] im ersten. [qui et ipsi — regressum] ist nur eingesetzt, um daran die Ausnahme [nisi — habebit] anzuschließen; [et] [non — animo] [tamen] sucht die durch den Einschub zerrissene Verbindung wieder aufzunehmen. — Die exceptio steht den Bürgen immer zu, weil sie stets Regreß nehmen können.

5. D. 38, 5, 1, 19 (Ulp. 44 ed.): Si fideiussit apud me libertus vel rem suam pro alio pignori dedit in necem patroni, an Fabiana locum habeat, videamus, et numquid cum damno meo non debeat patrono subveniri: neque enim donavit aliquid mihi, si pro aliquo intervenit, qui non fuit solvendo: eoque jure utimur [igitur creditor non poterit Fabiana conveniri: debitor poterit quidem, sed potest et mandati: plane si deficiat mandati actio, quia donationis causa intervenit, erit Fabianae locus].

Die Frage ist gestellt, ob der Patron gegen den Gläubiger vorgehen kann, bei dem der Libertus sich verbürgt hat. Die Antwort ist bei „utimur“ zu Ende: Verbürgung ist selbst bei Insolvenz des Schuldners keine Schenkung an den Gläubiger. [Igitur — conveniri] bringt eine für den Juristen überflüssige Wiederholung der Entscheidung, die schon im „numquid“ vorbereitet und im „eoque jure utimur“ ausgesprochen war.

[1]) Zweifel an der Echtheit bei Segré (a. a. O. 1066), der aber keine Gründe angibt.

Die Wiederholung hat nur den Zweck, die Erörterung auf den Schuldner auszudehnen, nach dem gar nicht gefragt war. Daß der Patron gegen den debitor vorgehen kann, ist bei der weiten Ausdehnung der actio Fabiana [1]) immerhin möglich; kaum aber, daß er die actio mandati des Libertus geltend machen darf. So ist es wohl auch nicht gemeint. Vielmehr soll wohl der Patron die actio Fabiana nicht haben, falls der Libertus die actio mandati hat; denn nun ist die Verbürgung nicht in fraudem patroni erfolgt. Aber wie ist das ausgedrückt! Und wie sehr ist damit der Tatbestand verlassen, der ja von einer fideiussio in necem patroni für einen insolventen Schuldner spricht! Die actio Fabiana wird wie eine subsidiäre Klage behandelt, die durch die actio mandati ausgeschlossen wird. Kann schon deswegen das angegebene Stück nicht echt sein, so schließt die Sprache Ulpian als Verfasser aus. Der zuerst „ego" [2]) hieß, wird nun plötzlich „creditor" genannt; igitur ist vorangestellt [3]); non poterit — potest quidem — sed potest; potest et mandati (ohne actio); plane; actio deficit [4]); [plane — intervenit] = D. 2, 14, 32: [igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit] und D. 34, 3, 5 pr.: [si donationis causa fideiussor intervenit]. Für die Byzantiner, die nach einer Gelegenheit suchen, die neue Lehre anzubringen, ist die Gewaltsamkeit der Anknüpfung und die Sprache kennzeichnend.

6. D. 3, 5, 4 (Ulp. 45 ad Sab.): Sed videamus, an fideiussor hic habere aliquam actionem possit: et verum est negotiorum gestorem eum agere posse [nisi donandi animo fideiussit].

Die Stelle gehört entweder mit D. 46, 1, 4 pr. unmittelbar zusammen; dann spricht sie von Rückbürgschaft; oder sie ist aus D. 3, 5, 3, 11 zu ergänzen [5]), dann läßt sich

---

[1]) Levy, Privatstrafe u. Schadensersatz 72.

[2]) Apud me; rem meam; damno meo; mihi.

[3]) Oben S. 297 Anm. 3.

[4]) D. 14, 5, 1 (Beseler, Beitr. 3, 99); D. 15, 1, 52 pr. (Peters, Sav. Z. 32, 255: die Formulierung kann kompilatorisch sein); D. 19, 5, 21 (gehört zu D. 10, 2, 49: Haymann, Sav. Z. 40, 295 [1]; vgl. aber Berger, Teilungskl. 143 [2]; Partsch, Neg. gestio 1, 101 [3]).

[5]) So Lenel, Pal. Ulp. 2919.

der Geschäftsführer seine actio neg. gest. verbürgen. In beiden Fällen entsteht die Frage, ob der Bürge gegen den Schuldner (oder Geschäftsherrn) eine Klage habe. Die actio mandati kommt nicht in Betracht, weil der Bürge nicht vom Schuldner beauftragt, sondern vom Gläubiger (Bürgen oder Geschäftsführer) angenommen ist: potest accipi (D. 46, 1, 4 pr.); fideiussorem accepero (D. 3, 5, 3, 11). Beim Rückbürgen fragt sich weiter, ob er, falls er dem Gläubiger zahlt, eine Klage gegen den Bürgen habe; die Antwort auf diese Frage ist zweifelhaft, weil der Bürge ja dem Rückbürgen als Gläubiger gegenübersteht, wenn auch der Rückbürge ihn durch Tilgung der Hauptschuld befreit. Da in D. 3, 5, 4 Zweifel auftreten, dürfte es sich empfehlen, die Stelle auf diesen Fall, also auf Rückbürgschaft zu beziehen. Die Entscheidung ist jedenfalls klar; zwar nicht actio mandati, aber actio neg. gest. Ganz aus dem Rahmen des Problems fällt der mit „nisi" angehängte Schluß. Selbst wenn sein Inhalt nicht, wie sich aus den übrigen Stellen ergibt, dem klassischen Rechte widerspräche, müßte die Erwähnung dieser selten praktischen Ausnahme an dieser Stelle überraschen. In Wahrheit soll nach dem Willen der Byzantiner auch die actio neg. gest., wie die actio mandati, bei einer fideiussio donandi animo fortfallen.

7. D. 15, 3, 7 pr. § 1 (Ulp. 29 ed.): [Et ideo et] si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit, [et sunt ista vera]: Plane si mutuum servus acceperit [et donandi animo solvit], dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Die Stelle gehört in die Nachbarschaft der vorigen, wenn Tuhrs[1]) von Seckel[2]) angenommene Regreßtheorie richtig ist. Dagegen wendet sich Beseler[3]) mit Gründen, die hier nur berührt werden können, die aber nicht überzeugen. Er stellt die obige Stelle her[4]), indem er [et ideo — vera] und [dum — peculiarem] streicht. Die Eingriffe legt er einem byzantinischen Einfall zur Last, „dadurch eingegeben, daß Version in der Tat meistens Geschäftsführung ist, und daß

[1]) Actio de in rem verso.

[2]) Festschrift für Bekker, 332; Haft. de pec. et de in rem verso.

[3]) Beitr. 3, 192 ff. [4]) A. a. O. 194.

oft der beim Sklaven vorhandene animus negotia domini gerendi die Versionsnatur eines Geschäftes bestimmt". Nicht der animus, sondern die Geschäftsführung bestimmt die Versionsnatur. Der animus ist eine byzantinische Erfindung.

D. 15, 3, 7, 4: idem ait et si hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum: nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit. [ego autem non puto, de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret].

Die versio besteht im ersten Falle in der Bezahlung der Nachlaßgläubiger, im zweiten in der Tilgung einer Sklavenschuld, für die offenbar der Herr haftet.[1]) Tuhr will die angebliche Schlußbemerkung Ulpians auf den zweiten Fall beziehen, den er zunächst so auffaßt, daß eine dem peculium angefallene Erbschaft in Frage stellt: „denn es scheint mir aus tatsächlichen Gründen fast unmöglich zu sein, daß ein Sklave eine seinem Herrn zugefallene Erbschaft anders verkauft als mit der Absicht, ein Geschäft des Herrn zu führen".[2]) Später aber[3]) nimmt er dann doch an, es handle sich auch im zweiten Falle um einen Verkauf der Erbschaft des Herrn. Dann aber ist diese Absicht, der animus, für sich zu handeln, in beiden Fällen unmöglich und schon damit der Zusatz als ein solcher nicht Ulpians, sondern der Byzantiner erwiesen.[4]) Nimmt man hinzu, daß der früher „ego" Genannte jetzt plötzlich „emptor" heißt, so dürfte die Interpolation wahrscheinlich gemacht sein.[5]) Die Byzantiner ver-

[1]) Tuhr a. a. O. 271. [2]) Tuhr a. a. O. 155.

[3]) Tuhr a. a. O. 270 ff.

[4]) Tuhr hilft sich (a. a. O. 272) damit, daß er den animus nicht auf den Erbschaftskauf, sondern auf die Natur der getilgten Schuld bezieht; wenn der animus nicht beim Erbschaftskauf, sondern erst später auf Verwendung gerichtet sei, könne er die Version nicht begründen. Davon steht in der Stelle nichts. Der „animus superveniens" wird uns bei Tuhr noch einmal begegnen.

[5]) Schon der Zweifel, auf welchen der beiden Fälle sich der Zusatz bezieht, ist ein deutliches Zeichen.



langen zur neg. gestio und damit auch zur versio einen animus, der klassische Jurist nur ein objektiv im Interesse des Herrn geführtes Geschäft.[1]) Das wird noch deutlicher in

D. 15, 3, 7, 5: si filius familias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit. [quae sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit ut patris negotium gerens].

Die Interpolation ist hier ganz zweifellos. Zunächst folgt sofort D. 15, 3, 8 (Paul. 30 ed.) wo auf den Willen des Sohnes (und Sklaven) nichts ankommt; sodann D. 15, 3, 9 (Javol. 12 ex Cass.), wo ergänzt wird, wenn der Großvater die dos nicht gegeben hätte, sei keine versio begründet. Dann aber sagt Ulpian an anderer Stelle selbst, daß die versio ohne jede weitere Voraussetzung gegeben sei: D. 23, 3, 5, 8: (Ulp. 31 ad Sab.): si filius familias mutuatus creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem, vel etiam ipse accepit et dedit, videri dotem ab avo profectam Neratius ait hactenus, quatenus avus esset dotaturus neptem suam: id enim in rem avi videri versum. Dasselbe steht bei Paulus D. 14, 6, 17: Filius familias si in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem daret, pater eius de in rem verso actione tenebitur. Nicht Ulpian korrigiert in D. 15, 3, 7, 5 den Labeo, sondern ein byzantinischer Lehrer, dessen Glosse dann in den Text gerät. [quae sententia mihi vera videtur] kommt bei Ulpian nur ohne einschränkende Zusätze vor.[2]) Die in Übereinstimmung mit dem vermutlichen Willen des Verwandten erfolgte Dotierung ist stets neg. gestio: ein darauf gerichteter animus ist nur für die Byzantiner erforderlich.

Schenkung des Gewaltunterworfenen an den Gewaltherrn ist keine versio: D. 15, 3, 7 pr., wo nur Anfang und Ende zum Zwecke der Verbindung mit D. 15, 3, 6 angefügt sind. Aber die Übernahme einer Schuld des Gewaltherrn durch novierende Stipulationsverpflichtung des Unterworfenen ist

[1]) Damit fällt ein bisher noch nicht genannter animus (vertendi) den Byzantinern zur Last.

[2]) Vgl. Voc. Jur. Rom. 5, 347, 4: D. 7, 8, 12, 1 (Zusatz ip. Riccobono-Krüger); 16, 3, 1, 33; 21, 1, 6, 1; 24, 2, 4; 28, 5, 9, 14; 40, 7, 9, 2; 43, 8, 2, 42.

keine Schenkung. Deshalb liegt in solchem Falle versio vor, sobald Befreiung durch Belangung des Unterworfenen eintritt: D. 15, 3, 10, 2 (Ulp. 29 ed.): Idem tractat Papinianus et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus et ita convenerim filium, nam et hic de in rem verso fore actionem: [nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat]. Die Interpolation des Schlußsatzes[1]) gibt sich auch hier als Korrektur Ulpians. Vom Willen des Sohnes ist die Frage der Version nur für die Byzantiner abhängig.

In diesen Zusammenhang muß D. 15, 3, 7, 1 gestellt werden. Offenbar hat der Sklave Geld geborgt und damit Gläubiger des Herrn bezahlt. Das ist stets versio. Das Geld gelangt an den Herrn, insofern dieser von einer Schuld befreit wird. Da der Sklave damit ein Geschäft des Herrn besorgt, muß der Herr dem Darlehnsgläubiger haften. Ganz anders liegt es im Principium; da hat offenbar der Sklave eine Sache gekauft und sie dann dem Herrn geschenkt; das ist keine Geschäftsführung; es liegt eine Lücke zwischen Kauf und Schenkung, während im § 1 Darlehen und Schuldbefreiung durch Geschäftsführung zusammengehören. Den Byzantinern kommt der Gedanke, daß Geschäftsführung auch mit animus donandi erfolgen könne; der Wille des Sklaven müsse also entscheiden. Sie schieben ⟨et donandi animo solvit⟩ ein, ohne doch die Interpolation ganz durchzuführen. Schon den Scholiasten blieb deshalb die Stelle unverständlich.[2]) Stephanos stellt ein ganzes Distinktionenschema auf.[3]) Entweder ist direkte oder indirekte Version gegeben: bei indirekter kommt es auf die *ψυχή* an, die entweder *ψυχὴ δωρουμένου (δονάνδι ἀνείμῳ)* oder *διάθεσις κοντράνδι* ist; bei direkter Version kommt es auf das Interesse an. Zahlung erfolgt entweder *ἐξ αἰτίας κοινῆς* oder *ἐξ αἰτίας ἰδικῆς* (des Vaters oder des Sohnes); nur im ersten Falle entscheidet der animus negotia gerendi. Aber dazu paßt unsere Stelle

---

[1]) Beseler, Beitr. 3, 194; kleine Zweifel schon bei Seckel, Bekker-Festschr. 352[8].

[2]) Tuhr, Actio de in rem verso 198 ff. sucht sie sehr künstlich mit einem animus donandi superveniens zu erklären.

[3]) Zach. Bas. Suppl. 244 Schol. 51: *θεωρία*.

nicht und so liest auch Stephanos[1]) statt actio est: *οὐ τίκτεται,* so wie später Windscheid „actio cessat“ lesen wollte.[2]) Wegen dieser Unebenheit der Interpolation ist der Text nicht sicher herzustellen[3]); es muß etwas davon dagestanden haben, daß an Gläubiger des Herrn gezahlt wird.[4]) Läßt man „dum — peculiarem“ stehen, so bedeutet dieses Stück, daß der Wille, den Herrn nicht zum Peculiarschuldner zu machen, belanglos ist, es kommt auf die objektive Geschäftsführung an; der Herr wird auch gegen den Willen des Sklaven naturaler Schuldner des peculiums, und so ist auch die actio de in rem verso begründet.

8. D. 26, 7, 43, 1 (Paul. 7 quaest.): Qui cum esset fratris sui filiae [curator][5]), quadringenta dotis nomine marito eius se daturum promisit: quaero am succurrendum sit ei [cum postea aere alieno emergente supra vires patrimonii eius dos promissa sit][6]), quoniam in instrumento ita scriptum sit „ille patruos et [curator][5]) stipulanti spopondit. movet quaestionem, quod non ut de suo dotem daret, sed cum crederet rationem pupillarem sufficere, promisit. [praeterea et illud hic potest tractari, ut, si sciens curator non sufficere promiserit, vel donasse videatur vel, quoniam dolo fecit, non illi succurratur]. respondi: [curator][5]) cum officium suum egressus sponte se obligaverit, non puto ei a praetore subveniri debere, non magis quam si creditori puellae pecuniam se daturum spopondisset: sed [is de quo tractamus si non donandi animo, sed negotii gerendi causa dotem promisit] habet mulierem obligatam et poterit dici etiam manente matrimonio eam teneri — —.

Auch der Schluß [quod si — servat] ist interpoliert.[7]) Beseler streicht noch [movet — sufficere, promisit], wie

---

[1]) Zach. Bas. Suppl. 240 Schol. 13 und 244 Schol. 50.

[2]) Windscheid, Pandekten § 483[4].

[3]) Der Basilikentext (Bas. Suppl. 244 f.) ist verstümmelt und von Zachariae nicht richtig wiederhergestellt: *ὁλοψύχως* heißt nicht „donandi animo“, sondern „von ganzer Seele“. — Ich legte D. 15, 3, 7 W. Rechnitz vor, der im Begriffe ist, die Ergebnisse der Klausel-Forschung für die juristischen Quellen zu verwerten; er kam mit seinen Hilfsmitteln unabhängig von mir zu derselben Textherstellung.

[4]) Die ital. Digestenausgabe (Scialoja) schiebt hinter et: pro domino (vel similia) ein.

[5]) Gradenwitz, Interpolationen 52[1]. [6]) Beseler, Beiträge 3. 72.

[7]) Gradenwitz, Interpolationen 54 ff.

mir scheint, nicht mit Recht, da dies ja wirklich der Kernpunkt der Frage ist, ob dem Vormund deswegen eine exceptio gegeben wird, weil er nur als solcher versprochen hat, mit seinem eigenen Vermögen aber nicht haften wollte. Für [is de quo tractamus] setzt Beseler „tutor"; doch muß man, wie angegeben [is de quo — dotem promisit] streichen. Dieser Satzteil enthält den von den Byzantinern versprochenen Traktat darüber, ob der Vormund, der wissend, das Mündelvermögen reiche nicht aus, die Mitgift verpricht, sie geschenkt zu haben scheine. Der animus donandi ist aber auch ganz unsinnig, weil ja doch ohne Zweifel der Tutor nichts aus dem Seinigen geben wollte[1]); darauf beruht ja gerade das Problem; „cum crederet, rationem pupillarem sufficere, promisit" ist mit dem animus donandi unvereinbar und eben darum echt, ganz ebenso wie „non ut de suo dotem daret". Nur wenn der tutor, was ja aber gerade nicht der Fall ist, „sciens — non sufficere — promisit", kann die Frage überhaupt auftauchen, ob Schenkung oder dolus[2]) vorliegt. Streicht man diesen Satzteil, so fällt damit auch die actio neg. gest., die schon Pernice[3]) als unpassend gerügt hat.

Soll hier die Schenkung in dem Versprechen an den Dritten liegen, so gibt es daneben Fälle, wo die Schenkung dadurch bewirkt werden soll, daß man den Beschenkten beauftragt, sich die dem Schenkenden geschuldete Leistung versprechen zu lassen. Gaius[4]) berichtet von der adstipulatio, daß hier stets der adstipulator mit a. mandati hafte und daß das Geschäft hauptsächlich für den Fall des Todes des Mandanten Sinn habe, weil nunmehr der adstipulator die Klage erhebt und das Erlangte an die Erben herausgibt, die selbst nicht als Stipulanten auftreten dürfen. Als die Quellen für die Digesten ausgezogen werden, gibt es keine adstipulatio mehr. Ähnlich wie bei der Bürgschaft wird jetzt zweifelhaft, ob die a. mandati stets begründet sei, oder ob nicht in dem Auftrag, sich versprechen zu lassen, zuweilen eine Schenkungsabsicht liegen könne.

---

[1]) Gradenwitz a. a. O. 53. [2]) Vgl. D. 23, 3, 61 pr.

[3]) Bei Gradenwitz a. a. O. 52[1]; statt ihrer müßte die actio tutelae stehen.

[4]) Gaius Inst. 3, 111. 117.

9. D. 17, 1, 59 (Paul. 4 resp.): Si mandatu Titi Calpurnius pecuniam quam Titius credebat (ad)stipulatus esset [non donandi animo][1]), mandati judicio eum ab herede Titii posse conveniri, ut actiones suas praestet.

D. 33, 4, 11 (Paul. 7 resp.): Seia cum nuberet Lucio Titio dedit dotis nomine centum aureos et adhibuit Quintum Mucium, qui [nihil numeravit sed] dotem (ad)stipulatus[2]) est, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium. Seia moriens testamento suo ita cavit: „Lucio Titio marito meo, cui maximas gratias ago, dari volo super dotem, quam ei dedi, tot aureos'. quaero, cum instituit Lucium Titium convenire Quintus Mucius ex stipulatu actione, an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti. respondit, si Quintus Mucius mandante Seia [non donationis causa] (ad)stipulatus est, heredibus mulieris eum teneri et ideo Quintum Mucium exceptione repellendum esse. [quod si donationis causa Seia stipulari permisisset, videri eum in eum casum, qui morte mulieris exstitit, mortis causa stipulatum: et ideo fidei eius committi potuisse in eum casum dicendum fore].

Es sind beides typische Fälle von adstipulatio; nach dem Tode des Mandanten zieht der adstipulator die Forderung ein, haftet aber als Vertrauensmann des Toten mit der a. mandati. Die Byzantiner ersetzen die adstipulatio durch die stipulatio non donandi animo oder non donationis causa und machen in beiden Fällen den Fehler, so zu sprechen, als liege die Schenkungsabsicht in der Stipulation, während sie höchstens im Mandat liegen könnte. Sie werden durch diese neue Auffassung in der zweiten Stelle zu der Betrachtung gedrängt, wie es zu halten sei, wenn eine stipulatio donationis causa gegeben sei. Aber ein Mandat donandi animo widerspricht ja dem Wesen des Mandats, das kein mandatum tua tantum gratia sein darf.[3]) Es muß also in der zweiten Stelle statt „non donationis causa stipulatus" „adstipulatus" gesetzt werden, wie der zuerst dargelegte Tatbestand ergibt. Dann fällt der Schlußsatz [quod si — fore],

[1]) Pernice bei Lenel, Pal. Paulus 1480; Krüger Dig.

[2]) Pernice bei Lenel, Pal. Paulus 1501.

[3]) Z. B. D. 17, 1, 2 pr. Deshalb sprechen die Byzantiner auch von stipulari permittere, während es vorher „mandante Seia" heißt.

weil er eine Frage beantwortet, die gar nicht gestellt ist — und auch nicht gestellt werden kann. Die Einleitung mit „quod si“ „eum in eum casum“ und „in eum casum dicendum fore“ sind auch unschön. Schließlich ist das Ergebnis seltsam; offenbar soll auch bei stipulatio donationis causa Quintus Mucius unterliegen, weil die mortis causa donatio mit dem Fideikommiß der Rückzahlung belastet ist; aus den Worten des Testamentes wird der klassische Jurist eine falsa demonstratio[1]), aber kein Fideikommiß herausgelesen haben.

10. C. 5, 12, 2 (Antoninus 213): Si stipulatio de restituenda portione dotis datae subiecta est condicioque eius exstitit, habet ex ea actionem, in cuius personam utiliter concepta commissaque est. Secundum quod si Polla soror tua de restituenda sibi parte dotis habet actionem eo, quod mater vestra [donandi animo] passa est partem dimidiam dotis post obitum matris filiam stipulari, metuere non debet doli exceptionem, quod matri suae [quae pactum interposuit] heres ex minore quam dimidia portione exstitit, [nisi liquido probatum fuerit, matrem eius mutasse dotis pacti voluntatem contentamque esse voluisse filiam suam pro portione hereditatis praelegationibus maritumque suum exactione liberari voluisse].

Hier ist keine adstipulatio gegeben; Polla ist nicht Treuhänderin, sie läßt sich im eigenen Interesse unter Duldung ihrer Mutter versprechen. Für die Byzantiner muß dies eine stipulatio donandi animo[2]) sein. Der kaiserlichen Kanzlei genügt es, von stipulatio zu sprechen; wäre die Tochter Treuhänderin, so würde dies durch adstipulatio ausgedrückt sein. [quae pactum interposuit]: welches pactum? Offenbar das pactum der Schenkung, das den Willen, (animus) widergibt, so wie es dann heißt: mutasse dotis pacti voluntatem. Der animus donandi fällt fort und damit das Recht aus der Stipulation; das ist kaum klassisch, ähnelt aber der ademtio legati durch den bloßen animus adimendi. Der Schlußsatz [nisi — voluisse] ist durch „nisi liquido probatum fuerit matrem — voluisse“ genügend gekennzeichnet.[3])

[1]) D. 35, 1, 72, 8 für Legate.

[2]) Bas.-Text (Heimb. 3, 432): δωρουμένη ἐκ ψυχῆς.

[3]) Gradenwitz, Interpolat. 170ff.; Riccobono, Sav. Z. 34, 244.

11. D. 45, 1, 131, 1 (Scaevola 13 quaest.). Qui fundum sibi aut Titio dari stipulatur, quamvis fundus Titio [traditus] sit, nihilo minus petere fundum potest, uti sibi de evictione promittatur: nam interest eius, quia mandati actione recepturus sit a Titio. [sed si donationis causa Titium interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari].

Mag Titius ein solutionis causa adiectus[1]) oder ein adstipulator[2]) sein, in keinem Falle kommt eine Schenkung an ihn in Frage; er ist immer zur Ablieferung des aus der Stipulation an ihn Gelangten verpflichtet. Schenkung würde einen Vertrag zugunsten Dritter bedeuten, der ja doch unzulässig ist. Der Schlußsatz, dessen Echtheit schon Pernice bezweifelt, gehört den Byzantinern, die hier wieder ihre Erfindung eines mandatum donationis causa anbringen.

12. D. 39, 5, 34 pr. (Paul. 5 sent.)[3]): Si pater emancipati filii nomine [donationis animo] pecuniam faeneravit eamque filius stipulatus est, ipso jure perfectam donationem ambigi non potest.

Für Paulus ist schon das Ausleihen in fremdem Namen zusammen mit der Stipulation des Fremden Schenkung, so wie der Kauf in fremdem Namen zusammen mit der Tradition an den Fremden[4]); der Byzantiner fügt den animus donationis hinzu, so wie er zu C. 8, 55, 1, 1 (249): „quod observabitur et circa ea, quae libertorum nomine, pecunia tamen patronorum et beneficio comparata sunt“ δονάνδι ἄνιμο zusetzt.[5]) In D. 39, 5, 35, 2 ist die donatio bei Ausleihen in fremdem Namen auch ohne animus perfekt.[6])

13. D. 46, 2, 34 pr. (Gaius 3 de verb. obl.): Dubitari non debet, quin filius servusve, cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculiaria debita jus habeat [utique si ipsi stipulantur] [maxime si etiam meliorem suam condicionem eo modo faciunt].[7]) [nam si alium jubeant stipu-

---

[1]) So Levy, Konkurrenz 1, 182[3].

[2]) So Pernice, Labeo 2, 1, 296[1].

[3]) Bei Seckel-Kübler, Jur. anteiust. = Paul. Sent. 5, 11, 5[a]

[4]) C. 3, 36, 18 pr.; 4, 50, 2. [5]) Isidoros Heimb. Bas. 4, 595.

[6]) Auch der Anonymos (Heimb. Bas. 4, 578 Schol. 2) erkennt schon diesen Widerspruch.

[7]) Rotondi, Postille esegetiche 24.

lari, interest, utrum donandi animo alium jubeant stipulari an ut ipsi filio servove negotium gerat: quo nomine etiam mandati actio peculio adquiritur].

Nachdem zuerst dem filius servusve „ohne Zweifel" das Novationsrecht zugesprochen ist, werden dann zwei Einschränkungen gemacht. Wenn sie einen anderen delegierten, soll es darauf ankommen, ob in dem Befehl eine Schenkung oder ein Mandat liegt (ut — negotium gerat): im Hinblick worauf auch die a. mandati für das peculium erworben wird. Die Entscheidung fehlt. Gemeint ist offenbar, weil die a. mandati im letzteren Fall für das peculium erworben wird, ist eine solche Delegation zulässig. Aber Paulus sagt (D. 15, 1, 48) ohne jede Einschränkung: cui peculii administratio data est, delegare debitorem suum potest, und erst der Basiliken-Scholiast [1]) fügt die Einschränkung hinzu: *τοῦτο νοήσον ἔνθα μὴ κατὰ δωρέας γέγονεν ἢ δηληγατίων.* Wenn der Satz des Paulus (D. 46, 2, 10): „cui recte solvitur, is etiam novare potest" nach Celsus (D. 46, 2, 25) auch nicht allzu wörtlich zu nehmen ist, so ist er doch einzuschränken nur für den Fall, daß es an der libera administratio fehlt (D. 46, 2, 16). Ist sie gegeben (D. 12, 2, 20), so folgt daraus das Recht zur Novation (D. 12, 2, 21): et novandae obligationis jus habuit. Es folgt aus der libera administratio auch das Recht, mit dem Diebe einer Pekuliarsache sich zu einigen (D. 47, 2, 52, 26): si servus meus qui habebat peculio administrationem liberam, pactus sit cum eo [non donationis causa] qui rem eius peculiarem subripuerat, recte transactum videtur; die spätere Einfügung folgt aus der störenden Stellung, die den Zusammenhang völlig unterbricht; [non — causa] müßte vor „pactus sit" stehen. [2]) Ergibt sich hier eine Bestätigung des Verdachtes gegen D. 2, 15, 1 [3]), wo ja doch jedes pactum „donationis causa" ge-

[1]) Stephanos, Zachariae Bas. Suppl. 230 Nr. 198.

[2]) D. 2, 14, 28, 2 (von Rotondi, Pactum de non petendo 27 „nella sostanza" für echt gehalten) spricht am Schlusse von einem pactum de non petendo donandi causa; die Stelle mag echt sein, wenn ich auch gegen das Stück „quod et ipsum non est expeditum — nam cum verum est — sequitur, ut, si — quod si — pactio" gewisse Bedenken habe.

[3]) Oben S. 288.

schlossen sein soll, so wird andrerseits wahrscheinlich, daß auch die Novation donandi animo und ihr Verbot trotz administratio peculii auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen ist.[1]) Von den beiden Einschränkungen unserer Stelle kann nur eine echt sein, weil sie sich kreuzen.[2]) Aber selbst wenn die zweite [maxime si — faciunt] interpoliert ist[3]), braucht deshalb die erste nicht klassisch zu sein. In den Worten „utique si ipsi stipulentur" erscheint zum ersten Male, nachdem vorher in der Einzahl gesprochen wurde, die Mehrzahl, die nun bis zum Ende bleibt. Eine Einschränkung mit „utique cum — et si" ist in D. 16, 3, 14, 1 interpoliert.[4]) Die Fassung des Satzes [nam si — adquiritur] ist unlogisch, das „etiam" paßt nur zu dem Teile mit „an", nicht zu dem mit „utrum"; es sollte außerdem nicht „etiam", sondern „nam" dort stehen. Statt „ut ipsi filio servove" würde „ut ipsis" genügen. „Si alium jubeant stipulari, interest, utrum — alium jubeant stipulari" enthält eine häßliche Wiederholung. Diese Verdachtsgründe erlauben, an der Echtheit der bezeichneten Stücke zu zweifeln. Dann aber ist hier wieder das Mandat donandi animo byzantinisch.

14. Die a. neg. gest. contraria soll zuweilen ausgeschlossen sein, wenn es am animus recipiendi fehlt. Das deutsche Gesetz hat diese schlimme Lösung übernommen.[5]) Der animus recipiendi ist die andere Seite, das Gegenstück zum animus donandi; die beiden animi schließen einander aus. Deshalb muß von animus recipiendi hier gesprochen werden. Es soll der Nachweis versucht werden, daß die klassische Jurisprudenz nach sachlichen, objektiven Regeln entschieden hat, ob eine actio contraria zu gewähren sei oder nicht. Die einzelnen Fälle beschäftigen sich mit der Erfüllung von Pietätspflichten. Hier gibt es keinen Ersatz, wenn die Pietät Alimentierung, Tutorbestellung oder Abbe-

[1]) Aus dem Schenkungsverbote (D. 14, 6, 3, 2; D. 20, 3, 1, 1; D. 39, 5, 7 pr.) folgt also nicht das Novationsverbot.

[2]) Vgl. auch den Moduswechsel stipulentur — faciunt.

[3]) Oben S. 308 Anm. 7; vgl. einerseits D. 46, 2, 34, 1 u. D. 46, 2, 20 [si hoc — expediat] Riccobono-Krüger Dig., andererseits (gegen die Ip.-Annahme) D. 2, 14, 59: meliorem condicionem fieri posse, D, 50, 17, 133 und D. 46, 2, 3: nisi meliorem suam condicionem fecerit.

[4]) Pernice-Krüger Dig. [5]) BGB. § 685[1].

rufung, Krankenpflege oder Unterricht fordert. Die Pietätspflicht wird je nach dem Tatbestande in der Regel bejaht, seltener verneint. Auf den animus, mit dem die Pflicht erfüllt wird, kommt nichts an: D. 3, 5, 33 (jure pietatis — pietate cogente); D. 25, 3, 5, 14 (Rescript: exigente materno affectu); C. 2, 18, 1 (munere pietatis fungebaris — pro adfectione domestica)[1]; C. 2, 18, 11 (exigente materna pietate); C. 2, 18, 13 (adfectioni tuae debes expendere). Für die Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern spricht D. 25, 3, 5, 1[2]) deutlich aus, daß hier eine Verpflichtung besteht, sonst entscheidet der einzelne Fall.[3]) Die Byzantiner führen die Distinktion zwischen animus recipiendi und animus donandi ein. C. 2, 18, 1 spricht ihnen zu allgemein, so daß Thalelaeos[4]) die Konstitution damit erklärt, daß es hier am animus aliena negotii gerendi fehle — was offenbar falsch ist, da ja kein Irrtum da ist[5]) — und Theodoros hinzufügt[6]): *δηλονότι εἰ μὴ ἄρα ἀπαιτητικῷ λογισμῷ καὶ μὴ διαθέσει χαριστικῇ αὐτὰ ἀνάλωσεν.* Sie verändern in solchem Sinne

C. 2, 18, 11 (227): Alimenta quidem, quae filiis suis praestitisti, reddi tibi non justa ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti [si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis] id negotiorum gestorum actione consequi potes.

Der Text der Basiliken läßt das Eingeklammerte fort, und auch die Scholien erwähnen es nicht. „Si non et hoc materna liberalitate“: aber die Alimente hat sie ja nicht (subjektiv) aus mütterlicher Liberalität gewährt, sondern in

---

[1]) Auch D. 3, 5, 43 (amicitia ductus paterna) meint nicht den animus, sondern die Pietätspflicht, da C. 2, 18, 1 herangezogen wird.

[2]) Vgl. auch C. 5, 25 und D. 25, 3, 5, 13, wo der Schluß [iniquissimum — facultatibus] sicher interpoliert ist.

[3]) Zu D. 3, 5, 26 (si pietatis respectu sororis aluit filiam) vgl. H. Krüger, Sav. Z. 19, 50.

[4]) Zachariae Bas. Suppl. 154 Schol. 7.

[5]) Der Streit zwischen Partsch (Neg. gestio 1, vgl. Rabel, Röm. Priv.-R. 468[1]) und Riccobono (Dal dir. rom. class. al dir. mod.) geht um diesen animus aliena negotia gerendi; hier ist nur der animus recipiendi zu besprechen.

[6]) Zach. Bas. Suppl. 154 Schol. 1.

schlossen sein soll, so wird andrerseits wahrscheinlich, daß auch die Novation donandi animo und ihr Verbot trotz administratio peculii auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen ist.[1]) Von den beiden Einschränkungen unserer Stelle kann nur eine echt sein, weil sie sich kreuzen.[2]) Aber selbst wenn die zweite [maxime si — faciunt] interpoliert ist[3]), braucht deshalb die erste nicht klassisch zu sein. In den Worten „utique si ipsi stipulentur" erscheint zum ersten Male, nachdem vorher in der Einzahl gesprochen wurde, die Mehrzahl, die nun bis zum Ende bleibt. Eine Einschränkung mit „utique cum — et si" ist in D. 16, 3, 14, 1 interpoliert.[4]) Die Fassung des Satzes [nam si — adquiritur] ist unlogisch, das „etiam" paßt nur zu dem Teile mit „an", nicht zu dem mit „utrum"; es sollte außerdem nicht „etiam", sondern „nam" dort stehen. Statt „ut ipsi filio servove" würde „ut ipsis" genügen. „Si alium jubeant stipulari, interest, utrum — alium jubeant stipulari" enthält eine häßliche Wiederholung. Diese Verdachtsgründe erlauben, an der Echtheit der bezeichneten Stücke zu zweifeln. Dann aber ist hier wieder das Mandat donandi animo byzantinisch.

14. Die a. neg. gest. contraria soll zuweilen ausgeschlossen sein, wenn es am animus recipiendi fehlt. Das deutsche Gesetz hat diese schlimme Lösung übernommen.[5]) Der animus recipiendi ist die andere Seite, das Gegenstück zum animus donandi; die beiden animi schließen einander aus. Deshalb muß von animus recipiendi hier gesprochen werden. Es soll der Nachweis versucht werden, daß die klassische Jurisprudenz nach sachlichen, objektiven Regeln entschieden hat, ob eine actio contraria zu gewähren sei oder nicht. Die einzelnen Fälle beschäftigen sich mit der Erfüllung von Pietätspflichten. Hier gibt es keinen Ersatz, wenn die Pietät Alimentierung, Tutorbestellung oder Abbe-

[1]) Aus dem Schenkungsverbote (D. 14, 6, 3, 2; D. 20, 3, 1, 1; D. 39, 5, 7 pr.) folgt also nicht das Novationsverbot.

[2]) Vgl. auch den Moduswechsel stipulentur — faciunt.

[3]) Oben S. 308 Anm. 7; vgl. einerseits D. 46, 2, 34, 1 u. D. 46, 2, 20 [si hoc — expediat] Riccobono-Krüger Dig., andererseits (gegen die Ip.-Annahme) D. 2, 14, 59: meliorem condicionem fieri posse, D, 50, 17, 133 und D. 46, 2, 3: nisi meliorem suam condicionem fecerit.

[4]) Pernice-Krüger Dig. [5]) BGB. § 685[1].

rufung, Krankenpflege oder Unterricht fordert. Die Pietätspflicht wird je nach dem Tatbestande in der Regel bejaht, seltener verneint. Auf den animus, mit dem die Pflicht erfüllt wird, kommt nichts an: D. 3, 5, 33 (jure pietatis — pietate cogente); D. 25, 3, 5, 14 (Rescript: exigente materno affectu); C. 2, 18, 1 (munere pietatis fungebaris — pro adfectione domestica)[1]); C. 2, 18, 11 (exigente materna pietate); C. 2, 18, 13 (adfectioni tuae debes expendere). Für die Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kindern spricht D. 25, 3, 5, 1[2]) deutlich aus, daß hier eine Verpflichtung besteht, sonst entscheidet der einzelne Fall.[3]) Die Byzantiner führen die Distinktion zwischen animus recipiendi und animus donandi ein. C. 2, 18, 1 spricht ihnen zu allgemein, so daß Thalelaeos[4]) die Konstitution damit erklärt, daß es hier am animus aliena negotii gerendi fehle — was offenbar falsch ist, da ja kein Irrtum da ist[5]) — und Theodoros hinzufügt[6]): *δηλονότι εἰ μὴ ἄρα ἀπαιτητικῷ λογισμῷ καὶ μὴ διαθέσει χαριστικῇ αὐτὰ ἀνάλωσεν.* Sie verändern in solchem Sinne

C. 2, 18, 11 (227): Alimenta quidem, quae filiis suis praestitisti, reddi tibi non justa ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti [si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis] id negotiorum gestorum actione consequi potes.

Der Text der Basiliken läßt das Eingeklammerte fort, und auch die Scholien erwähnen es nicht. „Si non et hoc materna liberalitate“: aber die Alimente hat sie ja nicht (subjektiv) aus mütterlicher Liberalität gewährt, sondern in

---

[1]) Auch D. 3, 5, 43 (amicitia ductus paterna) meint nicht den animus, sondern die Pietätspflicht, da C. 2, 18, 1 herangezogen wird.

[2]) Vgl. auch C. 5, 25 und D. 25, 3, 5, 13, wo der Schluß [iniquissimum — facultatibus] sicher interpoliert ist.

[3]) Zu D. 3, 5, 26 (si pietatis respectu sororis aluit filiam) vgl. H. Krüger, Sav. Z. 19, 50.

[4]) Zachariae Bas. Suppl. 154 Schol. 7.

[5]) Der Streit zwischen Partsch (Neg. gestio 1, vgl. Rabel, Röm. Priv.-R. 468[1]) und Riccobono (Dal dir. rom. class. al dir. mod.) geht um diesen animus aliena negotia gerendi; hier ist nur der animus recipiendi zu besprechen.

[6]) Zach. Bas. Suppl. 154 Schol. 1.

(objektiver) Übereinstimmung mit der mütterlichen Pietätspflicht. Wie kann man von der Mutter verlangen, sie solle den Beweis führen, daß sie nicht aus mütterlicher Liberalität gehandelt habe! Dem Kaiser genügt offenbar bei der gewöhnlichen Geschäftsführung die Nützlichkeit und Angemessenheit der Ausgaben zur Begründung der Klage.

C. 2, 18, 12 (230): Si filius pro patre suo debitum solvit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in patris potestate, cum solveret, fuit, sive sui juris constitutus [donandi animo] pecuniam dedit. Si igitur pater tuus sui juris constitutus pro patre suo negotium gerens non praecedente mandato debitum eius solvit, negotiorum gestorum agere cum patruis tuis (non) potes.

Der Versuch der Textherstellung mit der Einschiebung des „non" stützt sich auf den Basilikentext[1]): *τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγὴν κινῆσαι — — οὐ δύνασαι* und auf den Aufbau: „nullam actionem habet, sive — sive —. Si igitur — —, non potes". Würde im letzen Satze die Klage gewährt werden, so müßte mindestens statt „igitur" „antem" dastehen. Mit der Einfügung des „non" aber verträgt sich [donandi animo] nicht. Denn die Klage wird selbst dann versagt, wenn es am animus donandi fehlt. Die Herstellung ist hier keineswegs sicher, weil wir nicht wissen, ob der Sohn, der für seinen Vater Schulden bezahlt und ohne das Geld zurückzufordern stirbt, seinem Sohne das Recht nimmt, nunmehr seinerseits das Geld zurückzufordern. Unwahrscheinlich klingt das nicht, da auch dies als Pietätspflicht des Sohnes angesehen werden kann.[2]) Anders ist natürlich zu entscheiden, wenn der Vater den Sohn mit der Zahlung beauftragt hat. Den Byzantinern bietet sich dann wieder die Dreigliederung dar: Mandat, neg. gestio oder animus donandi.

C. 2, 18, 15 (239): Si paterno adfectu privignas tuas alu-

---

[1]) Zach. Bas. Suppl. 160.

[2]) Nach Thalelaeos (Zach. Bas. Suppl. 160 Schol. 30) spricht eine starke Vermutung für den animus donandi, d. h., in die klassische Sprache übersetzt, für die Pietätspflicht. D. 25, 3, 5, 16 erwägt, ob der filius naturalis die Schulden seines Vaters zu zahlen verpflichtet sei, weil er zur Alimentation angehalten werde.

isti seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est. [quod si ut repetiturus ea quae in sumptum misisti, aliquid erogasti, negotiorum tibi gestorum intendenda actio est].

Der Kaiser sagt, Alimente und Unterrichtskosten, die entsprechend der väterlichen Neigung gewährt werden, können nicht zurückgefordert werden. Es besteht zwar keine Verpflichtung des Stiefvaters, wie eine solche den wirklichen Vater trifft[1]; aber ist einmal, wie die väterliche Stellung, das heißt die pietas es fordert, derartiges gewährt, so gibt es keine Rückforderung. Die Kompilatoren verstehen unter paternus adfectus den animus donandi und stellen ihm den animus recipiendi [ut repetiturus] gegenüber. Man achte auf die gezierte Form des zweiten Satzes: in sumptum mittere, „tibi" zwischen „negotiorum gestorum", tibi intendenda[2] actio est, ea quae (Mehrzahl) und aliquid (Einzahl).

D. 10, 2, 50 (Ulp. 60 p.): Quae pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit [si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus][3] in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur.

Der animus credendi ist nichts anderes als der animus recipiendi. Ulpian rechnet die Studienhilfe zu den Alimenten und denkt deshalb weder an Rückforderung noch an Anrechnung.

15. Der actio neg. gest. contraria ist die actio funeraria verwandt. Wer Begräbniskosten aufwendet, kann sie vom Erben erstattet verlangen.[4] Pietätspflicht kann unter Umständen seine Klage ausschließen, nicht der animus, auf den erst die Byzantiner Wert legen.

---

[1]) D. 25, 3, 5, 12.

[2]) Vgl. mit actionem intendere:
D. 3, 3, 55 (ip. Bonfante, Istituzioni 400),
D. 3, 5, 5, 14 (ip. Beseler, Beitr. 3, 112),
D. 10, 4, 9, 5 (ip. Beseler, Beitr. 1, 40),
D. 47, 10, 7 pr. (ip. Beseler, Beitr. 3, 61; 4, 189).
Auch D. 3, 3, 33 pr. wird nicht echt sein (admittimus! — vetamus!).

[3]) Eisele, Sav. Z. 18, 18.

[4]) De Francisci, La Leggitimazione attiva nell'azione funeraria (Filangieri 1915) und Misura delle spese ripetibile coll'az. fun. (Rend. Ist. Lomb. 1915, 48, 295) sind mir nicht zugänglich.

D. 11, 7, 14, 7 (Ulp. 25 ed.): Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit [non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit]: et ita imperator noster rescripsit.

C. 2, 18, 13 (230): Quod in uxorem tuam aegram erogasti, non a socero repetere, sed adfectioni tuae debes expendere. In funus sane eius si quid [eo nomine quasi recepturus] erogasti, patrem, ad quem dos rediit, iure convenis.

Wenn D. 11, 7, 14, 7 überhaupt echt ist[1]), so muß „pietatis gratia" so verstanden werden, daß damit die Erfüllung einer Pflicht der Pietät gemeint ist. Ein animus recipiendi ist für die actio funeraria nirgends erfordert. Is qui sumptum — fecit — sumptum — si — fecit — sumptum quem fecit: das ist eine überflüssige und ermüdende Wiederholung. In C. 2, 18, 13 wird die actio neg. gest. abgesprochen, die actio funeraria aber zugesprochen; in beiden Fällen kommt auf den animus nichts an. Eo nomine stört nur; quasi recepturus steht in der Bedeutung: „mit der Erklärung, daß"[2]) und weist so auf die protestatio hin, von der sofort die Rede sein wird. Erst das Abstellen auf die innere Absicht führt in D. 11, 7, 14, 7 zu den byzantinischen Distinktionen der verschiedenen Färbung des animus[3]): negotium vel defuncti vel heredis vel ipsius humanitatis, misericordiae vel pietati — vel affectioni; modus misericordiae, entweder nur Bestattung oder Bestattung auf eigene Kosten. In diesen Zusammenhang gehört

D. 11, 7, 14, 9: [Fortassis quis possit dicere interdum partem sumptus facti posse reciperavi, ut quis pro parte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat: quod est verius: partem igitur sumptus consequetur, quam non donandi animo fecit].[4])

„Quasi negotium gerens" ist gleich „quasi recepturus" in C. 2, 18, 13 und gleich „hoc animo quasi recepturus" in D. 11, 7, 14, 7. „Pietatis gratia" ist gleich „donandi animo",

---

[1]) Dagegen spricht: interdum (oben S. 296 Anm. 5) und das dazu nicht passende „si"; denn si — fecit soll doch wohl der einzige Fall sein. Das Reskript Caracallas könnte sich auf D. 11, 7, 14, 6 beziehen.

[2]) Seckel s. v. quasi 3) S. 485.

[3]) Kübler, Sav. Z. 28, 417; H. Krüger, Sav. Z. 19, 10; Taubenschlag, Sav. Z. 38, 259 f.

[4]) Beseler, Beitr. 3, 85 f. unter „fortassis".

trotzdem doch Pietätspflicht grade Schenkungsabsicht ausschließt. Die Interpolation ist zweifellos. Fortassis[1]), quis[2]), interdum[3]), faciat und fecit sind formelle Zeichen; der Zusammenhang mit den Interpolationen in D. 11, 7, 14, 7 und C. 2, 18, 13 und die mit keinem Beweise durchzuführende haarspaltende Distinktion beweisen die Hand der Byzantiner.

Immerhin ist der Beweis in byzantinischer Zeit eher denkbar als in klassischer. Er wird durch protestatio (testatio) gesichert, eine schriftliche Erklärung[4]), in der die Art des animus beurkundet wird. Taubenschlag[5]) unterscheidet die klassische testatio des heres necessarius (ein Mittel, um die immixtio zu vermeiden)[6]), die byzantinische des heres extraneus (ein Mittel, die Folgen der pro herede gestio zu vermeiden)[7]), und die byzantinische des Dritten, des Nichterben (ein Mittel, sich die actio funeraria zu erhalten).[8]) Das Richtige deutete bereits Beseler[9]) an: „Vielleicht ist die Einrichtung der Testation überhaupt justinianische Erfindung.“ Soweit ein animus beurkundet wird, ist in der Tat die testatio stets byzantinisch. Taubenschlag kann seine Ansicht, das justinianische Recht habe der Vornahme des Begräbnisses durch den Erben den Charakter einer pro herede gestio oder immixtio genommen und dadurch der klassischen testatio völlig den Boden entzogen, angesichts der Überlieferung nur halten, indem er die Beibehaltung der testatio für eine Folge des römischen Konservatismus erklärt. Konservatismus auf der einen, Neueinführung der testatio auf der andern Seite. das ist keine glaubhafte Lehre. Die klassischen Juristen haben in der Bestattung keine immixtio gesehen; ob sie eine pro herede gestio bedeute, darüber war Streit. Die Byzantiner stellen hier und bei der Bestattung durch den Miterben alles auf den animus ab.

Von der immixtio handelt D. 11, 7, 14, 8 und D. 29, 2, 20, 1. Beide Stellen sind interpoliert; von der ersten

---

[1]) Beseler, Beitr. 3, 83 ff. [2]) Beseler, Beitr. 4, 232 ff.
[3]) Vgl. oben S. 296 Anm. 5.
[4]) Just. C. 8, 37, 14 pr.: scriptura protestabatur.
[5]) Sav. Z. 38, 255 ff.
[6]) D. 11, 7, 4. [7]) D. 11, 7, 14, 8. [8]) D. 11, 7, 14, 7.
[9]) Beitr. 1, 64 Anm.; vgl. Beitr. 4, 209.

bleibt bei Taubenschlag[1]) stehen: Plerique filii cum parentes suos funerant — ne — miscuisse se — videantur solent testari pietatis gratia facere se sepulturam. quod si — fuerit factum ad illud se munire videntur ne miscuisse se credantur. Auch dieser Rest kann nicht klassisch sein. Ob die filii heredes necessarii sind, ist nicht erkennbar.[2]) Der zweite Satz ist eine bloße Wiederholung des ersten. Die Form ist bedenklich: 1. videantur, videntur, credantur (Häufung!), 2. plerique[3]); plerique — solent (Verdoppelung!), 3. sepulturam facere statt funerare kommt nur hier vor.[4]) Die Fassung ist von derselben Hand wie D. 29, 2, 20, 1: [solent testari — gerere se — pietatis causa —; ut puta patrem sepelivit], von Taubenschlag mit guten Gründen als interpoliert erwiesen. Die Kompilation macht die Sitte des Ostens, den animus zu beurkunden, zum Gesetz.

Bei der pro herede gestio schwankt die Jurisprudenz. D. 29, 2, 20, 3 zeigt Papinian und Julian auf verschiedenen Seiten. Die Entscheidung des Streites erfolgt wohl nicht durch Ulpian, sondern durch Tribonian[5]): quae sententia humanior est, licet Julianus contra scripserit; denn auch in D. 11, 7, 4 (Ulp. 25 ed.) sind es die Byzantiner, die einfügen: [nec quis putet hoc ipso pro herede eum gerere; finge enim adhuc eum deliberare de adeunda hereditate].[6]) Ulpians Stellung ist nicht erkennbar. Auch wenn er auf Papinians Seite stand, konnte er (in D. 11, 7, 4) schreiben: herede vel cessante vel absente vel verente ne pro herede gerere videatur.[7])

---

[1]) Sav. Z, 38, 258.

[2]) Am Schlusse des § 8 sind sie sogar offenbar Nichterben.

[3]) Die Stellen, die Seckel s. v. plerique = viele aufführt, sind alle interpoliert: D. 6, 2, 3 pr. (Perozzi, Bull. 7, 71); D. 18, 1, 34 [plerasque — ematur] (das Beispiel paßt nicht, da es vom Haus statt vom Sklaven handelt, plerasque widerspricht aliquando); D. 24, 1, 32, 10 (Krüger Dig.).

[4]) Voc. Jur. Rom. 5, 365, 14.

[5]) H. Krüger, Sav. Z. 19, 30 führt neben D. 29, 2, 20, 3 vier Stellen mit sententia humanior an; drei davon sind seitdem verdächtig geworden: D. 7, 1, 25, 1 (Krüger Dig.).

[6]) Taubenschlag, Sav. Z. 38, 255; vgl. D. 11, 7, 14, 8: licet ex hoc ipso neque pro herede gestio neque aditio praesumitur (ip. Gradenwitz, Sav. Z. 7, 77).

[7]) Oder ist „vel verente — videatur“ interpoliert? Dafür spricht,

Die Byzantiner fragen nach dem animus. Zunächst bei der immixtio des heres necessarius: D. 29, 2, 20, 1 [1]): animo heredis — pietatis causa. Dann bei der pro herede gestio heres extraneus. Darüber spricht

D. 29, 2, 20 pr. § 1: Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. [et generaliter Julianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit]. [pro herede autem gerere non esse facti quam animi].[2]) [nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres]. [ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres agit, sed quasi alio jure dominus apparet non videri pro herede gessisse].[3]) [Et ideo solent — gessisse].[4]) servos hereditarios pavit [5]), jumenta aut pavit aut distraxit: si hoc ut heres, gessit pro herede: aut[6]) si non ut heres, sed ut custodiat, aut[7]) putavit sua [aut dum deliberat quid fecit], consulens ut salvae sint res hereditariae [si forte ei non placuerit pro herede gerere] apparet non videri pro herede gessisse. proinde et si fundos aut aedes locavit vel fulsit [vel si quid aliud fecit non hoc animo, quasi pro herede gereret sed] dum ei, qui substitutus est vel ab intestato heres exstaturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit: in ea causa est, ut pro herede non gesserit, [quia non hoc animo fuerit].

Die klassische Jurisprudenz unterscheidet nach der Art der Handlung: aliquid fecit quasi heres im Anfang und „si quid tamen quasi heres petit" im § 2; auch in D. 46, 1, 69 heißt es im klassischen Anfang: „non quasi sponsor", im interpolierten Schlusse[8]) „non pro se solvendi animo". [Et generaliter—gerit] enthält eine durch „generaliter" belastete[9]), nichts Neues beibringende Wiederholung des ersten Satzes; am klassischen Inhalt braucht deswegen nicht gezweifelt zu

---

daß dieses dritte Glied dem ersten (vel cessante) nicht gleichsteht, sondern die Furcht Begründung für das Zögern ist.

[1]) Vgl. S. 316 Anm. 1 und unten Anm. 4.

[2]) Vassalli, Miscell. Crit. 2, 34.

[3]) Vassalli a. a. O. [4]) Taubenschlag, Sav. Z. 38, 258[6].

[5]) pavit corr.; aut Ulp.: Mommsen Dig.

[6]) aut corr.; at Ulp.: Hal.

[7]) Hinter „aut" schiebt Mommsen „quod" ein.

[8]) Levy, Sponsio 4[3]. [9]) Seckel s. v. generalis a).

werden. [Nam hoc — heres] gehört zu dem interpolierten „non esse facti quam animi" und erläutert das Wort „animi" im byzantinischen Sinne. Im interpolierten Ende des princ. [ceterum si — gessisse] erscheinen dieselben drei Gegensätze der pro herede gestio, wie im interpolierten Anfange von § 1 [Et ideo solent — gessisse] nämlich: pietatis causa, custodiae causa, pro suo. Sie werden dann im § 1 erläutert, aber in einer wirren und ungefügen Art und Folge, die zu den erwähnten zahlreichen Emendationen Anlaß gibt. Die oben gestrichenen Stücke zeichnen sich dadurch aus, daß sie „quasi heres", „ut heres", also den nach außen hervortretenden Charakter der Gestion als Handlung des Erben in den nicht erkennbaren animus des Erben umdeuten. Der klassische Zustand der pro herede gestio, die Erklärung durch Wort oder Handlung, ist noch ganz deutlich in Inst. 2, 19, 7 (offenbar auf eine klassische Quelle zurückgehend): pro herede — gerere quis videtur, si — voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate. [Aut dum deliberat quid fecit] ist kein Beispiel, sondern ganz allgemein gesagt; und es ist ja gerade die Frage, was der Erbe während der Überlegung tun darf.[1] [Si forte ei non placuerit pro herede gerere]: die vorläufigen Erhaltungsmaßregeln sind keine pro herede gestio, mag dies dem vorläufigen Erben gefallen oder nicht. [Vel si quid — sed]: dies ist wieder kein Beispiel; animus, quasi ist eine Häufung, es müßte „hoc animo, ut" heißen. [Quia — fuerit]: der Grund liegt nicht im animus, sondern in der Unaufschiebbarkeit der vorgenommenen Handlungen. Offenbar sprach der klassische Text von Fällen, in denen aus der Handlung selbst sich ergab, daß sie auch ohne Erbschaftsantritt nötig war, wie z. B. Fütterung der Sklaven und des Viehs, Vermietung und Ausbesserung der Grundstücke und Häuser, Verkauf verderblicher Sachen. Im Unterricht der Byzantiner wurde dann der Text durch Glossen erweitert und bei der Aufnahme der Glossen verändert.[2])

---

[1]) Statt „deliberat" müßte es „deliberavit" heißen.

[2]) Beseler (Beitr. 2, 76) glaubt an nachklassische Erweiterung, unter anderem an die Unechtheit von consulens mit seiner Umgebung. Würde man die §§ 7—9 ganz herausstreichen, so schlösse sich § 10

Damit scheint auch der animus heredis als byzantinisches Erzeugnis erwiesen zu sein. Er kommt noch in D. 10, 2, 49 vor: „quia non animo heredis gessisse videtur“ und ist auch dort interpoliert[1]); die Byzantiner übersetzen: *ἐπειδὴ οὐδὲ διαθέσει ἢ ψυχῇ τῆς ἀδιτίονος πράττει.*

Das Abstellen auf den animus ist nur möglich, wo der Beweis durch eine Urkunde geführt werden kann.[2]) Für immixtio und pro herede gestio kennen die Byzantiner eine solche protestatio (testatio), und zwar in D. 11, 7, 14, 8[3]) und D. 29, 2, 20, 1.[4]) Für die Bestattung durch den Dritten zeigt sie der interpolierte[5]) Schluß von D. 17, 7, 14, 8 [plenius igitur testari oportet, ut et sumptum possint servare], D. 11, 7, 14, 13 in seinem interpolierten[6]) Teile: [sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem] und D. 11, 7, 14, 7 [oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem].[7]) Übrigens trifft man auch sonst die byzantinische protestatio zur Vermeidung eines praejudicium, z. B. D. 25, 3, 1, 11 [sine praeiudicio mittet custodes maxime si missurus id ipsum protestetur].[8]) Die Verbindung der protestatio mit dem animus negotii gerendi bringt D. 3, 5, 33[9]); die Großmutter hat dem Enkel pietate cogente Alimente gegeben; es entsteht die Frage, ob sie die Kosten aus dem Vermögen des Enkels oder aus ihrem eigenen zu tragen hat. Paulus antwortet, das sei eine je nach dem Tatbestand zu entscheidende Frage; auch bei der Mutter könne sie

---

„judicem, qui de ea aequitate cognoscit“ gut an § 6 „ex bono et aequo“ an. §§ 6 und 10 erörtern die Höhe der Kosten.

1) Haymann, Sav. Z. 40, 295[1].

2) So verlangt auch Justinian (Nov. 136, 5 a. E.), daß zur Begründung der Generalhypothek der animus beurkundet sein müsse (*γράψαιεν τοιοῦτον ὁποῖον εἰς ὑποθήκης ἔννοιαν φέρει*); wollte er auch ohne dies die Hypothek bewilligen, so würde er die ganze Natur seiner Gesetze verwirren.

3) Taubenschlag, Sav. Z. 38, 261.

4) Taubenschlag, Sav. Z. 38, 258[5]. 5) Vgl. die vorige Anm.

6) Beseler, Beitr. 1, 64; Taubenschlag, Sav. Z. 38, 260[1].

7) Kübler, Sav. Z. 28, 417 und die bei Taubenschlag, Sav. Z. 38, 259[2] angegebene Literatur.

8) Beseler, Beitr. 4, 213; vgl. auch D. 43, 3, 1, 4 (Beseler, Beitr. 4, 192).

9) Partsch, Gött. gel. Anz. 1915, 429[4].

verschieden gelöst werden. Eingesprengt ist eine zweifellos byzantinische Erörterung, ob nicht teilweise das Vermögen des Enkels, teilweise das der Großmutter die Kosten zu tragen habe: [tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur] [illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur].[1]) Zwischen die Entscheidung Ulpians und die Berufung auf einen durch kaiserliche Konstitution entschiedenen Fall ist die Frage gestellt: [quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret?]. Dieser Kostensicherungsprotest bei der neg. gestio ist nahe verwandt mit dem bei der Bestattung; auch hier wird der animus recipiendi in der Urkunde niedergelegt, während Paulus überhaupt nicht auf den animus, sondern auf die Pietätspflicht abstellt.

Wir sind zum Ausgangspunkte zurückgekehrt. Der animus recipiendi ist bei der actio neg. gest. und bei der actio funeraria interpoliert; auf ihn kann nur eine späte östliche Jurisprudenz verfallen, die mit Notariatsformularen zu arbeiten gewohnt ist, in denen der Wille der Parteien in ermüdender Breite schriftlich formuliert wird; hier ist auch Gelegenheit, den animus zu beurkunden. Die klassische Zeit dagegen erkennt nur den in Wort oder Tat zum Ausdruck gekommenen Willen an, der nicht auf etwas Juristisches, sondern auf Tatsachen gerichtet ist. Der animus recipiendi aber ist das Gegenstück des animus donandi, dessen Beurkundung wir bereits kennengelernt haben.[2])

Es bleiben noch Stellen zu besprechen, in denen der animus donandi zur Unterscheidung der Schenkung von anderen Geschäften dient.

16. C. 3, 32, 2, 1 (213): Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, jure ad te pertinet. si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit [sive bona fide sive mala fide aedificium exstructum sit] [si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint].

[1]) Die Frage erinnert an D. 11, 7, 14, 9 (pro parte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia), die Form ist nicht klassisch: tractare, nequaquam, admittendum; hinter numquid fehlt „de“.

[2]) Oben S. 286.



[sive — exstructum sit] widerspricht D. 41, 1, 7, 12 und ist deshalb interpoliert.[1]) [si non — sint] paßt nicht zu „bona fide“, ist aber deswegen noch nicht klassisch. Wer mala fide einbaut, hat keine Vindikation, weil er „sua voluntate amisisse proprietatem materiae intellegitur“ (D. 41, 1, 7, 12). Thalelaeos[2]) und Pernice[3]) denken daran, die Konstitution damit zu erklären, daß in jedem bewußten Bauen auf fremdem Boden ohne weiteres der animus donandi gefunden werden könne. Aber Thalelaeos nennt diese Interpretation gezwungen, und Pernice findet in ihr nur etwa eine Anschauung der Kompilatoren. Pernice erinnert dabei an D. 9, 2, 27, 25 und an die wissentliche Erfüllung der Nichtschuld, die auch als Schenkung betrachtet wird. Aber D. 9, 2, 27, 25 (Ulp. 18 ed.) ist interpoliert: Si olivam immaturam decerpserit vel segetem desecuerit immaturam vel vineas crudas, Aquilia tenebitur: quod si jam maturas, cessat Aquilia: nulla enim injuria est, [cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur]: sed si collecta haec interceperit, furti tenetur. Wenn jemand keinen Ersatz für Impensen verlangen kann, so ist das noch lange keine Schenkung der Impensen. [Cum tibi — impenduntur] hat mit der Entscheidung der Frage nichts zu schaffen. Dazu die anstößige Form: der Eigentümer wird, was weder vorher noch nachher wiederkehrt, mit „tu“ angeredet; impensa, quae impenduntur; huiusmodi[4]); collectio fructuum kommt nur hier vor.[5]) Der Gedanke, daß Ausschluß der Rückforderung Schenkung bedeute, kehrt bei der condictio indebiti wieder. Doch Dernburg[6]) erklärt diesen Ausspruch für nur halbwahr und Savigny[7]) betont, daß Schenkung nicht der einzige Grund für Versagung der Rückforderung des wissentlich ohne Schuld Gezahlten sei. Von den ge-

[1]) Pernice, Labeo 2, 1, 385[3,4]; Ferrini, Pandette 394; Bonfante, Istituzioni (6), 256[1]; Riccobono, Dal dir. rom. class. al dir. mod. 375[2]; a. A. Pampaloni, Bull. 21, 214[20], Riv. ital. 49, 237[3].

[2]) Zach. Bas. Suppl. 35 Schol. 188. [3]) Labeo 2, 1, 385.

[4]) Seckel s. v. huiusmodi: „häufig interp.“

[5]) Voc. Jur. Rom. 1, 801, 17.

[6]) Pandekten 2 § 141[18]; vgl. Girard, Manuel 618[8]: „façon de parler.“

[7]) System 3, 454.

wöhnlich angeführten Stellen [1]) ist D. 50, 17, 53 aus dem Zusammenhang gerissen [2]) und wohl auch umgestaltet. D. 39, 5, 29 pr. = D. 50, 17, 82 (donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur) beweist nicht, daß jede Hingabe ohne Zwang Schenkung sei, gibt vielmehr nur ein Merkmal, wann keine Schenkung da sei. In D. 38, 1, 47 kann und wird [quia donasse videtur] später angefügt sein. [3]) D. 41, 4, 7, 2 befindet sich im Gegensatze zum Basilikentext [4]) und erfordert deshalb Mommsens Emendationen; jedenfalls aber kommt es für die Ersitzung auf die bona fides des Käufers, nicht des Verkäufers an; die Übergabe durch den Verkäufer kann mannigfaltige, für die Sache ganz unerhebliche Gründe haben; z. B. braucht er nicht zu wissen, daß der Sklave freigelassen ist. Durch diese Erwägung werden die Teile [cum putaret peculium ei concessum esse vel etiam [5]) cum ignoraret peculium non concessum esse] und [quod si scierit, Titius peculium manumisso concessum non esse, donare [6]) potius quam indebitum solvere intellegendus est] verdächtig. Selbst wenn sie klassisch sein sollten, beweisen sie nicht, daß wissentliche solutio indebiti Schenkung ist, sondern eher das Gegenteil; denn donare und indebitum solvere werden einander gegenübergestellt. Die Rückforderung ist in solchen Fällen ausgeschlossen, weil die condictio indebiti Irrtum verlangt [7]); das sagt ausdrücklich D. 12, 6, 1, 1, und erst der Basiliken-Scholiast [8]) fügt hinzu, was ihm im klassischen Texte zu fehlen scheint: *ὁ γὰρ ἐν εἰδήσει μὴ χρεωστούμενον καταβαλὼν δοκεῖ δωρεῖσθαι.* Daß wissentliche Erfüllung der Nichtschuld donatio sei, ist also byzantinische Anschauung. Und so ist auch der Gedanke, daß wissentlicher Bau auf fremdem Boden Schenkung sein könne, in C. 3, 32, 2, 1 byzan-

---

1) Z. B. Savigny, System 3, 453 e.

2) Vgl. Lenel, Pal. Paulus 597.

3) „videtur" statt „videatur". Unentgeltliche Übernahme der Verpflichtung zu Diensten ist nicht Schenkung, sondern Mandat.

4) Heimb. Bas. 5, 65.

5) Kauf mit fremd. Geld 149 [1]; dazu D. 20, 1, 5 (Ebrard, Hyp. 80 [4]) und D. 45, 1, 91, 1 (Rabel, Mél. Gérardin 487 [2]).

6) Es müßte „donasse" heißen.

7) Vgl. D. 46, 3, 50, wo von donatio keine Rede sein kann.

8) Stephanos, Heimb. Bas. 3, 29 Schol. 2.

tinisch. Der Schluß [si non donandi animo — sint] muß schon deshalb interpoliert sein, weil er durch „mala fide“ hervorgerufen ist.[1]) Der Ersatz für impensae wird von der Spätzeit mit der neg. gestio zusammengebracht.[2]) Deshalb arbeiten die Byzantiner auch hier mit der Distinktion des animus recipiendi und des animus donandi. Das ergibt schließlich

D. 10, 3, 22 (Pomp. 33 ad. Sab.): Si meo et vicini nomine parietem aedificem [vel repetiturus ab eo pro parte impensam vel donationis gratia] communis fit paries. Die Mauer wird gemeinsam, weil sie auf der Grenze steht; wieder ist die Frage eingeschoben, aus welchem Grunde, mit welchem animus der Bau erfolgt. Aber die angeführten Gründe sind keineswegs die einzig möglichen, und die Mauer wird auch gemeinsam, wenn andere Gründe vorhanden sind. So ist [vel — gratia] nicht nur überflüssig, sondern irreführend.[3])

17. Der animus donandi dient zur Unterscheidung der vollzogenen Schenkung von der bloßen Schenkungsabsicht.[4]) In C. 5, 16, 16[5]) wird dieser animus als belanglos behandelt. Dagegen wird er in C. 5, 15, 2 (229) als Grundlage für die Schenkung benutzt. Die Constitution lautet:

Quod de suo maritus constante matrimonio [donandi animo] in dotem ad scripsit, si eandem donationem [legitime confectam] non rerocavit, qui incrementum doti dedit, et durante

---

[1]) Die Mehrzahl aedificia paßt nicht zu „id, quod“. Riccobono, Dal dir. rom. class. 375[2] ersetzt [sive bona — imposita sint] durch „utique si bona fide aedificium extruxit“.

[2]) Riccobono, Dal diritto rom. class. 221 ff.

[3]) Zweifelhaft ist D. 39, 5, 14 (Jul. 17 dig.): Qui alienum fundum donationis causa excolit, nullam retentionem propter impensas faciet, quia domini res ab eo injectas continuo efficit. Hier scheint Schenkung des Samens angenommen zu werden, der schon vor dem Wurzelschlagen durch das bloße Einsäen Eigentum des Grundstückseigentümers wird. Das mag richtig sein, trotzdem „retentionem facere“ sonst interpoliert ist: D. 10, 3, 14, 1 (Riccobono, Dal dir. rom. class.); D. 24, 1, 31, 2 (Riccobono a. a. O. 382); D. 30, 60 (Riccobono a. a. O. 180[1]); Voc. Jur. Rom. 5, 194, 17 nennt nur diese Stellen (die anderen dort sprechen von retentionem fieri).

[4]) Der animus donandi kommt noch vor in C. 4, 6, 6; vgl. dazu Haymann, Schenkung 136; Mitteis, Rö. Priv.-R. 201; Rabel, Rö. Priv.-R. 505 und andrerseits Beseler, Beitr. 4, 310.

[5]) Vgl. Kauf mit fremd. Geld 101 f.

matrimonio mortem obiit, ad heredibus mariti, quatenus (stipulatione)[1]) interposita liberalitas munita est, peti potest.

C. 5, 3, 1 (Sev. et Anton.) erklärt die auctio dotis donandi animo ohne Tradition für wirkungslos. Riccobono[2]) setzt in C. 5, 15, 2 für [legitime confectam] „mancipationibus et traditionibus perfectam" ein. Damit wird [donandi animo] überflüssig; Thalelaeus[3]) sagt, daß donandi animo interpoliert ist: *καλῶς καὶ προσέθηκε τὸ δονάνδι ἄνιμο.*[4]) Er gibt auch den Grund an; es soll damit der Fall ausgeschlossen werden, daß in Erwartung des späteren Empfanges (also nicht donandi animo) im voraus das Rückgabeversprechen abgegeben ist. Denn dann hat der Mann den Erben der Frau gegenüber die justinianische exceptio dotis non numeratae (C. 5, 15, 3 (528)). Die Interpolation erklärt sich also aus der Nachbarschaft von C. 5, 15, 2 und C. 5, 15, 3. Die voluntas donandi ist für wirksam erklärt in

C. 8, 53, 8 (290): Si praeses provinciae [non donandi voluntate] filiorum tuorum nomine praedia in censum detulisse te [manifestis probationibus] cognoverit, quod fides veri sugesserit, statuet.

Riccobono[5]) hat erkannt, daß Justinian [non — voluntate] und [manifestis probationibus] einschiebt, um die professio censualis donationis causa, falls sie nur bewiesen werden kann, statt der Tradition für den Eigentumsübergang genügen zu lassen. Er stellt hinter detulisse te: „donandi voluntate" wieder her und meint mit Recht, daß Diocletian dieser voluntas die Wirksamkeit versagt haben wird.

18. Schließlich wird der animus donandi zur Unterscheidung des Kaufs von der gemischten Schenkung verwendet.[6]) Nach D. 18, 1, 38 ist die universa venditio donationis causa facta unwirksam, die venditio viliore pretio donationis causa aber unzweifelhaft gültig, außer bei Ehe-

---

[1]) Von Krüger Cod. eingeschaltet.

[2]) Sav. Z. 34, 226. [3]) Heimb. Bas. 3, 486.

[4]) Zu *προστίθημι* vgl. Sav. Z. 35, 329. [5]) Sav. Z. 33, 292 f.

[6]) Vgl. von einem anderen Standpunkte aus Partsch oben S. 264 ff.; wir konnten die erfreuliche Übereinstimmung unserer unabhängig gewonnenen Ergebnisse bei einer Besprechung feststellen. — Consilium donandi kommt nur einmal vor, in D. 36, 1, 69, 3, und ist dort interpoliert (Beseler, Beitr. 2, 45).

gatten. Der Unterschied ist klar: bei Ehegatten ist jegliche Schenkung verpönt, sonst aber nur ein Geschäft nicht Kauf, bei dem es keinen wirklichen Preis gibt. Auch D. 24, 1, 5, 5 (Ulp. 32 ad Sab.) handelt von der gemischten Schenkung unter Ehegatten. Julianus erklärt den Kauf zu geringerem Preise für nichtig. Neratius, Pomponius, Ulpian unterscheiden, ob der Kauf von vornherein zum Zwecke der Schenkung zum niedrigen Preis abgeschlossen ist: dann ist er nichtig; oder ob zunächst der wahre Preis eingesetzt und später schenkungshalber ein Teil des Preises erlassen wurde: dann ist der Kauf gültig, der Erlaß aber wirkungslos. Mit den Absichten, dem inneren Willen des Ehegatten hat das alles gar nichts zu tun. Der Kauf mit zu geringem Preise ist stets nichtig, wenn auch der Ehegatte die Absicht hatte, zu verkaufen, der Kauf mit vollem Preis stets gültig, auch wenn der Ehegatte nicht die Absicht hatte, zu verkaufen. Deshalb muß die Frage nach dem animus vendendi[1]) ausgeschaltet werden; der Text wird in folgender Weise herzustellen sein: si modo [cum animum] maritus [vendendi non haberet] idcirco venditionem commentus sit, ut donaret: enimvero si [cum animum vendendi haberet] ex pretio ei remisit —. Der animus vendendi ist hier der Gegensatz zum animus donandi. Von remissio pretii donationis causa spricht auch D. 24, 1, 31, 3 (Pomp. 14 ad. Sab.); am Schlusse steht ganz außer Zusammenhang[2]) der inhaltlich falsche Satz [sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi]; der Kauf ist nicht gültig, weil der animus donandi fehlt, sondern weil er zum vollen Preise abgeschlossen wurde und erst dann remissio pretii eintrat; die Byzantiner führen den klassischen Unterschied wieder auf ihre animus-Theorie zurück. In ähnlicher Art ist D. 24, 1, 32, 25—26 (Ulp. 33 ad Sab.) zu erklären: Idem erit dicendum et si emptio contracta sit donationis causa: nam nulla erit. [Plane si minoris res venierit donationis causa vel postea pretium sit remissum, admittemus donationem valere ad senatus consultum]. Der Kauf zu geringerem Preise soll gültig sein, offenbar wie in D. 24, 1, 31, 3, wenn kein animus donandi da ist; denn

[1]) Diese Verbindung kommt nur hier, und hier zweimal vor.

[2]) Mommsen schaltet deshalb vorher „nam“ ein.

es folgt die remissio, bei der die klassischen Juristen echten Kauf annehmen, die Byzantiner aber sagen, es liege nicht animus donandi, sondern animus vendendi vor. Die Form ist allzu bedenklich, als daß man die Stelle für echt halten könnte[1]), selbst wenn man bedenkt, daß ja nur das Wirksamwerden der Schenkung durch den Tod des Schenkenden in Frage steht: 1. plane[2]), 2. admittere[3]), 3. Pluralis majestatis[4]): admittemus.

Das Ergebnis läßt sich dahin zusammenfassen: Sowohl die Absicht der Liberalität wie der animus donandi sind byzantinische Erfordernisse der Schenkung. Das Fordern einer liebevollen Absicht hängt offenbar mit den christlichen Anschauungen, der animus donandi mit dem hellenistisch-christlichen Achten auf die Gesinnung, die ψυχή, zusammen. Die Rolle des animus ist es, dem subjektiven Willen Einfluß auf die Gestaltung der Geschäfte zu geben. Der auf einen Rechtserfolg gerichtete animus findet seinen Weg zur Wirkung in den östlichen schriftlichen ausführlichen Vertragsformularen; diese legen bereits beim Vertragsschlusse den Parteien mit Hilfe des juristisch gebildeten Notars die rechtlich bedeutsamen Erklärungen in den Mund; zu diesen gehört auch der auf ein bestimmtes Vertragsmuster berechnete animus. So wird auch der animus donandi in dem Schenkungsgeschäft beurkundet. Seine besondere Aufgabe ist es, Schenkung von negotiorum gestio, mandatum und funeraria zu unterscheiden, dasselbe Geschäft als das eine einzuordnen, wenn animus recipiendi, als das andere, wenn animus donandi gegeben ist. In ähnlicher Weise entscheidet dieser animus,

---

[1]) „donationis causa" ist auch in D. 39, 5, 6 (Krüger Dig.). „hoc animo, ut vellet — donatum" in D. 24, 1, 32, 5 (Beseler, Beitr. 3, 186; Haymann, Sav. Z. 40, 314[2]) interpoliert.

[2]) Seckel s. v. plane.

[3]) D. 2, 14, 58 (Perozzi, Studi Schupfer 1, 18); D. 5, 4, 1, 4 (Biondi, Judicia bonae fidei 250); D. 14, 4, 7 pr. (Beseler, Beitr. 2, 57; 3, 149); D. 18, 4, 11 (Rabel, Rö. Priv.-R. 464[1]): D. 21, 1, 1, 10 (Beseler, Beitr. 3, 37); D. 36, 1, 17, 6 (Beseler, Beitr. 3, 55); D. 36, 1, 75 (Beseler, Beitr. 3, 177); D. 37, 4, 3, 9 (Beseler, Beitr. 3, 40); D. 39. 3, 2, 6 (Faber-Krüger, Dig.; auch plur. maj.); D. 47, 10, 17, 22 (Beseler, Beitr. 3, 34) und dazu jetzt Beseler, Beitr. 4, 65.

[4]) Pampaloni, Archiv. giur. 55, 500.

ob eine Stipulation, sei sie Novation oder adstipulatio, Schenkungscharakter hat; er führt zur Versagung der retentio wegen impensae und zur Lösung der Frage, ob Kauf oder Schenkung, wirkliche Schenkung oder unwirksamer Schenkungsversuch vorliegt.

Überall tritt an die Stelle des klassischen Beachtens der sachlichen Lage, der richterlichen Prüfung des objektiven Tatbestandes die Rücksicht auf den inneren Willen der Partei. Insbesondere wird dort, wo die klassische Jurisprudenz die actio neg. gest. contraria versagte, weil mit der Geschäftsführung eine Pflicht der Pietät, des Anstandes erfüllt wurde, jetzt die Ablehnung der Klage mit dem animus donandi des Geschäftsführers begründet. Wie das pactum das alte Aktionensystem zwar bestehen läßt, es aber innerlich zersetzt, so bringt der animus ein Element der Auflösung in dieses System. Ja darüber hinaus führt seine Anerkennung nicht bloß wie die des pactum zur Wirksamkeit jeglichen formlosen Konsenses; sie drängt darüber hinaus zur Wirksamkeit eines einseitigen Parteiwillens und eröffnet damit einen gefährlichen Weg.

XIV.

Über dilatorische und peremtorische Exzeptionen.

Von

Herrn Professor Dr. **Theodor Kipp**
in Berlin.

Es ist bekannt, daß die römischen Juristen die Exzeptionen in dilatorische (dilatoriae, temporales et dilatoriae) und peremtorische (peremtoriae, perpetuae et peremtoriae) einteilen (Gai. 4, 120ff., lib. 1 ad ed. prov. D. 44, 1, 3 [Pal. 63, Ulp. lib. 74 ad ed. D. 44, 1, 2 § 4 [Pal. 1650]). Peremtorisch sind die, die dem Anspruch dauernd und unvermeidlich entgegenstehen (perpetuo valent nec evitari possunt), dilatorisch die, die nur auf Zeit wirken (ad tempus valent) oder die der Kläger vermeiden kann (evitari possunt), d. h. denen der Kläger auf eine dem Inhalt der Einrede entnommene Weise nach seiner Willkür aus dem Wege gehen kann. Daher erscheinen bei den Klassikern als exceptiones peremtoriae: die exc. quod metus causa, exc. doli praeteriti (quod dolo malo factum est, Gai. 4, 121; in D. 44, 1, 3 und J. 4, 13 § 9 freilich allgemein exceptio doli mali), die exc. eines geschehenen Verstoßes gegen eine lex oder ein SC., die exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae[1]), exc. pacti de non petendo in perpetuum. Als dilatorische Exzeptionen treten auf: exc. pacti de non petendo in tempus, exc. litis dividuae, rei residuae, denen der Kläger durch Warten entgeht, und die exceptiones cognitoriae und procuratoriae[2]), denen er da-

[1]) Die letztere in D. 44, 1, 3 von den Kompilatoren gestrichen. Lenel, Pal. h. l.

[2]) Bei Gaius 4, 124 cognitoriae, in den Digestenstellen procuratoriae. Die Kompilatoren haben entweder die procuratoriae an Stelle der cognitoriae gesetzt oder, wie Lenel, Pal. meint, die cognitoriae, die bei Gaius und Ulpian neben den procuratoriae erwähnt waren, gestrichen.

durch entgehen kann, daß er den Prozeß selbst führt oder statt des beanstandeten Vertreters einen andern wählt.

Die dilatorische Natur der exceptiones cognitoriae und procuratoriae geht aus den oben genannten Stellen nur für die Fälle hervor, in denen der Streit sich um die Fähigkeit dreht, Vertreter zu sein oder sich vertreten zu lassen.[1]) Die exceptiones cognitoriae, procuratoriae, tutoriae, curatoriae, mit denen die Frage aufgeworfen wird, ob der Vertreter legitimiert ist[2]), dürften aber ebenfalls dilatorisch sein, teils weil die Legitimation nachgebracht werden kann, teils weil statt des falschen der wahre Vormund oder ein anderer gewillkürter Vertreter oder die Partei selbst prozessieren kann.

Wenn Gaius (oder Tribonian) in den Dig. die exc. doli mali uneingeschränkt den peremtorischen zuzählt, während Gaius in den I. nur die exc., daß etwas dolos geschehen sei, unter die peremtorischen rechnet, so muß die zu weite Fassung der Digestenstelle entsprechend eingeschränkt verstanden werden. Die exc. doli generalis muß als Organ bald peremtorischer, bald dilatorischer Einreden aufgefaßt werden, je nachdem, wie sie substantiiert wird. Oder anders ausgedrückt: eine dilatorische exc. bleibt dilatorisch, eine peremtorische peremtorisch, ohne Rücksicht darauf, ob sie in eigenartiger Gestalt oder im Gewande der exc. doli auftritt.

Dilatorisch ist die exc. praeiudicii[3]), peremtorisch dagegen die exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae[4]), wie Gaius und Ulpian ausdrücklich sagen; ferner die Einrede des Vergleichs, praescriptio factae transactionis (Ulp. lib. 1 opin. D. 2, 15, 9 pr. [Pal. 2301]). Dilatorisch wiederum ist die exceptio (oder praescriptio) si ea res in iudicio non

---

[1]) Von dem letzteren Punkte sprechen die Digestenstellen nicht mehr; vgl. J. 4, 13 § 11, aber freilich auch Ulp. lib. 7 disp. D. 22, 3, 19 § 2 (Pal. 121), Paul. lib. 9 ad ed. D. 3, 3, 43 § 1 (Pal. 181).

[2]) Lenel, Edikt § 271.

[3]) Bethmann-Hollweg II § 99 [85]; vgl. aber unten S. 341.

[4]) Ob sie im Sinne Lenels, Edikt § 275 als Einheit zu fassen ist oder ob es zwei Exzeptionen sind, wofür aufs neue Manenti, Boll. 21, 139 ff., ist hier gleichgültig.

est, der lex agraria von a. 111 lin. 38, die doch wohl mit Eisele[1]) als Einrede der Rechtshängigkeit zu betrachten ist, also mit dem Ende des schwebenden Rechtsstreits erlischt.

Die exc. annalis (Ulp. lib. 74 ad ed. D. 44, 3, 1 [Pal. 1662] und die praescriptio longi temporis sind peremtorisch.

Die Einrede der mangelnden causa gegen eine Stipulationsforderung ist peremtorisch, wenn die causa von solcher Art ist, daß der Kläger sie nicht mehr in Ordnung bringen kann, wie die iniusta oder turpis causa, dagegen dilatorisch, wenn der Kläger dem Mangel abhelfen kann, wie z. B. die Einrede, daß das Darlehn, über welches die Stipulation errichtet ist, nicht zur Auszahlung gekommen ist. Daß in solchem Falle der Kläger kein Interesse haben mag, die causa in Ordnung zu bringen, um dann das Geld wieder zu fordern, ändert an der rechtlichen Auffassung nichts.

Gründet sich die Einrede auf ein selbständiges subjektives Recht, das der Beklagte dem klägerischen Recht entgegenstellt, so hängt die Frage, ob die Einrede dilatorisch oder peremtorisch ist, von der Natur dieses Rechts ab. Sie ist peremtorisch, wenn das Recht seiner Natur nach dauernd ist. Also ist peremtorisch: die exc. iusti dominii gegenüber der actio Publiciana. Ebenso die auf superficies gegründete exc. in factum (Ulp. lib. 70 ad ed. D. 43, 18, 1 § 4 [Pal. 1551]).[2]) Daß das superfiziarische Recht möglicherweise erlöschen kann, macht die Einrede nicht dilatorisch. Die Einrede ist nur dilatorisch, wenn gewiß ist, daß sie durch Zeitablauf wegfallen wird oder wenn ihr Inhalt dem Kläger eine Methode an die Hand gibt, sie zu beseitigen, und das ist bei einem an sich dauernden dinglichen Recht nicht der Fall. Die Einrede des Nießbrauchs gegen die Eigentumsklage (exc. de re usufructus nomine tradita, Ulp. lib. 79 ad ed. D. 7, 9, 7 pr. [Pal. 1724])[3]) ist dilatorisch, weil der Nießbrauch nur lebenslänglich ist. Auch die Einrede des Pfandrechts gegen die Eigentumsklage ist dilatorisch, weil der Kläger durch

[1]) Abhandl. z. röm. Zivilpr. (1889) 22ff.

[2]) Vgl. Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio (1907) 83.

[3]) Vgl. Siber a. a. O. 88.

Befriedigung der Pfandforderung das Pfandrecht zum Erlöschen bringen und damit die Einrede ihrem Sinn gemäß beseitigen kann. Er kann dies auch dann, wenn er nicht der Schuldner ist.[1])

Die exceptio mercis non traditae (Gai. 4, 126a, Iul. lib. 54 ad ed. D. 19, 1, 25 [Pal. 713], Paul. lib. 71 ad ed. D. 44, 4, 5 § 4 [Pal. 792]) ist offenbar dilatorischer Natur. Sie ist eine Erscheinungsform der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wenn sie auch nur bei der Klage des argentarius auf den Steigerungspreis und sonst bei stipuliertem Kaufpreis vorkommt. Entsprechend ist aber auch jede andere Einrede des Zurückbehaltungsrechts dilatorisch, weil der Kläger durch Befriedigung der Gegenforderung sie ihrem Sinne gemäß beseitigen kann. Insbesondere gilt dies von jeder Einrede des nicht erfüllten Vertrages, insofern sie sich überhaupt als exc. auffassen läßt.[2]) Kann der Kläger die Gegenleistung nicht mehr bewirken, so wird im allgemeinen die Einrede peremtorisch. Es ist aber möglich, daß sie bei Unmöglichwerden der Leistung wegfällt. So bei der Klage auf das Kaufgeld, wenn die Kaufsache zufällig untergeht und der Käufer die Gefahr trägt, was nach herrschender Meinung [3]) im klassischen Recht wegen der custodia-Haftung des Verkäufers seltener der Fall ist als im justinianischen Recht.

Aus demselben Grunde wie die Einrede des Zurückbehaltungsrechts ist auch die Kompensationseinrede als dilatorische aufzufassen, weil der Kläger sie durch Befriedigung der Gegenforderung beseitigen kann. Hierauf ist schon von Brinz[4]) hingewiesen worden. Auch Siber[5]) betont die dilatorische Natur der Kompensationseinrede. Aber beide scheuen sich, die notwendige Folgerung daraus zu ziehen, daß die condictio indebiti dessen, der gezahlt hat, während er hätte kompensieren können, dem klassischen Recht nicht angehört.

---

[1]) Vgl. Windscheid II § 343 [22].

[2]) Wieweit das der Fall ist, soll hier nicht untersucht werden; ein nicht wegzuleugnender Beleg für exc. doli gegen die actio venditi scheint doch Carac. C. J. 8, 44, 5 zu bleiben. Vgl. Windscheid § 321 [2].

[3]) Dagegen Haymann, Sav.-Z. 40, 254 ff.

[4]) Kompensation (1849) 83. [5]) Kompensation (1899) 18.

Demgegenüber bin ich der Überzeugung, daß für die klassische Zeit die dilatorische Natur der Kompensationseinrede rücksichtslos in alle Konsequenzen zu verfolgen ist, und daß die justinianische Kompensationsreform, die Aufstellung des Satzes, daß die Kompensation ipso iure geschieht, eben den Zweck verfolgte, die Konsequenzen der dilatorischen Natur der Kompensationseinrede zu beseitigen. Dies soll unten (V.) dargelegt werden.

Die exceptio pecuniae pensatae (Ulp. lib. 7 disput. D. 22, 3, 19 § 3 [Pal. 121]) ist etwas anderes als die Kompensationseinrede. Diese verlangt Kompensation, jene macht geltend, daß eine Verrechnung stattgefunden habe. Sie wird mit Lenel[1]) auf Klage eines Kunden gegen den Bankier zu beziehen sein. Der argentarius muß auf den Saldo klagen; der Kunde kann den einzelnen Posten geltend machen, unterliegt aber der Einrede der geschehenen Verrechnung. Die Einrede ist peremtorisch.

Ebenso ist peremtorisch die exceptio redhibitionis, d. h. die Einrede gegen eine Klage des argentarius auf den Kaufpreis (vielleicht gegen jede actio certae pecuniae, mit der ein Kaufpreis gefordert wird), gestützt darauf, daß Redhibition stattgefunden hat (Paul. lib. 71 ad ed. D. 44, 4, 5 § 4 [Pal. 792]).

Auf einen vollständigen Katalog der dilatorischen und peremtorischen Exzeptionen ist es hier nicht abgesehen.[2])

II.

1. Im klassischen Recht zeigt sich bekanntlich der Unterschied der dilatorischen und der peremtorischen Einreden zwar vor der Litiskontestation; ist aber die Litiskontestation auf eine Formel, die eine dilatorische Einrede

---

[1]) Edikt § 272.

[2]) Steht eine Einrede nur einem Teil des Anspruchs entgegen, so steht sie diesem je nach ihrer Natur dilatorisch oder peremtorisch entgegen. Sie ist nicht deswegen dilatorisch, weil Kläger sie dadurch vermeiden kann, daß er nur auf den anderen Teil klagt. Hierin hat Eisele, Zur Geschichte der prozessualen Behandlung der Exzeptionen (1878) 42f. 45f. vollkommen recht. Der Kläger hat dann im Sinne von Gaius und Ulpian nicht die exc. vermieden, sondern sich ihr gebeugt.

enthält, vollzogen und wird die Einrede begründet befunden, so erfolgt Abweisung des Klägers mit genau so endgültiger Wirkung wie bei der peremtorischen Einrede. Denn der Erneuerung des Prozesses steht die prozessuale Konsumtion in beiden Fällen gleichmäßig entgegen (Gai. 4, 124). Ein Unterschied in der Behandlung beider Arten der Einreden trat aber nach einer bestrittenen Ansicht nach der LC. in bezug auf die Möglichkeit ein, in integrum restitutio zu erlangen. Für die peremtorischen Einreden gibt Gaius an, daß der Beklagte i. i. r. erhielt, wenn er per errorem von der Einrede keinen Gebrauch gemacht, d. h. die LC. auf eine Formel vollzogen hatte, die die Einrede nicht enthielt. Ob dagegen eine solche i. i. r. auch gegeben wurde, wenn der Beklagte versäumt hatte, eine dilatorische Exzeption in die Formel einrücken zu lassen, war zur Zeit des Gaius bestritten (Gai. 4, 125).

Mit welchen Gründen in dem Streit gekämpft wurde, ist nicht bekannt. Die Erteilung der i. i. r. hob die Folgen der LC. auf und schuf Raum für die Erteilung einer neuen Formel und eine neue LC. Denn der Kläger konnte nicht gezwungen werden, die Einfügung der neuen exc. in die Formel einfach über sich ergehen zu lassen. Ihm muß freigestanden haben, den Prozeß statt dessen fallen zu lassen oder bei dilatorischer Einrede die geeigneten Schritte zu ihrer Vermeidung zu tun. Das liegt im Wesen der i. i. r., die nie einseitig zugunsten des Antragstellers wirkt, sondern immer für beide Teile den status quo wiederherstellt. Daher ließ sich gegen die i. i. r. bei dilatorischer Einrede nicht anführen, daß sie den Kläger benachteiligte, indem sie ihn gezwungen hätte, unter der dilatorischen Einrede zu prozessieren und den Prozeß definitiv zu verlieren. Man konnte gegen die Erteilung der i. i. r. bei Versäumnis dilatorischer Einrede wohl nur anführen, daß die Geltendmachung dieser Einrede von Anfang an den endgültigen Sieg des Beklagten in dem Rechtsstreit nicht verbürgt haben würde, eben weil der Kläger durch Warten oder Gegenmaßregeln der Einrede hätte ausweichen können, daß also die Versäumnis der dilatorischen Einrede keinen so schwerwiegenden Nachteil für den Beklagten bedeute, wie die Versäumnis der perem-

torischen Einrede. Dieser Gedanke war auch zweifellos berechtigt, wenn es sich um ein bloßes Zu-früh-Klagen handelte, oder um Zulassung oder Nichtzulassung eines Vertreters oder Ähnliches. Stützte sich aber die dilatorische Einrede auf ein Vermögensrecht des Beklagten, so mußte unterschieden werden, ob dieses Recht mit Klage ausgerüstet war oder nicht. Ersterenfalls konnte man die i. i. r. wegen Versäumnis der dilatorischen Einrede mit dem Hinweis darauf ablehnen, daß Beklagter ja seinerseits aus seinem Rechte klagen könne, wobei freilich im Falle der Insolvenz des jetzigen Klägers sich immer noch ein Nachteil für den Beklagten im Vergleich zu der durch die i. i. r. wiederhergestellten Möglichkeit, das Recht einredeweise geltend zu machen, ergab. War aber das Recht, auf das sich die Einrede stützte, nicht klagbar, z. B. bei Verwendungseinreden, so bedeutete die Verweigerung der i. i. r. gegen Versäumnis der dilatorischen Einrede für den Beklagten einen ebenso schweren Nachteil, wie wenn es sich um eine peremtorische Einrede gehandelt hätte.

Wie dem auch sei, so ist die Entwickelung dahin gegangen, daß bei der Frage der i. i. r. gegen Versäumnis dilatorischer Einreden die verneinende Meinung den Sieg davontrug, bei Versäumnis peremtorischer Einreden dagegen das Erfordernis der i. i. r. für ihre spätere Geltendmachung aufgegeben wurde. So ist das Ergebnis entstanden, daß dilatorische Einreden bei der LC. geltend gemacht werden müssen, peremtorische dagegen bis zum Endurteil und auch noch in der Appellationsinstanz geltend gemacht werden können. Die herrschende Meinung ist freilich immer noch, daß alle Exzeptionen, auch die peremtorischen, nach klassischem Recht nur bei der Litiskontestation vorgeschützt werden konnten, vorbehältlich der i. i. r. bei peremtorischen Einreden.[1]) Aber diese Meinung ist nicht haltbar.

Von Anfang an war die i. i. r. bei peremtorischen Ein-

---

[1]) Wieding, Der justinianische Libellprozeß (1865) 210ff.; Bethmann-Hollweg III, 168 zu [27]; Bekker, Aktionen 2 S. 223; Eisele, Zur Gesch. der prozess. Behandl. der Exzeptionen (1875) 1ff.; Lenel, Exzeptionen (1876) 60ff.



reden nicht viel mehr als eine Formalität.[1]) Ob Gaius (4, 125) in den Worten per errorem non fuerit usus für die i. i. r. den Beweis verlangen will, der Beklagte habe bei der LC. die peremtorische Einrede nicht gekannt, ist zu bezweifeln. Es wird genügt haben, daß der Beklagte nicht bedacht hatte, es sei nötig, den Einwand in die Formel aufnehmen zu lassen. Die i. i. r. gegen zu hochgefaßte condemnatio erklärt Gaius ohne weitere Voraussetzungen für zulässig; es genügt, daß der Beklagte iniquam formulam accepit (Gai. 4, 57), von dem Nachweis eines Irrtums ist keine Rede. Dementsprechend wird auch bei Versäumnis der Geltendmachung peremtorischer Einreden verfahren sein.

Im Kognitionenverfahren hat eine i. i. r. gegen die Versäumnis der Geltendmachung einer peremtorischen Einrede kaum einen Sinn, weil es dort an einer vertragsmäßigen LC.[2]), gegen die die i. i. r. sich hätte richten können, fehlt.[3]) Es kann nur der Gedanke, daß im Formularverfahren die i. i. r. erteilt zu werden pflegte, dahin geführt haben, daß der Magistrat die peremtorische Einrede jederzeit zuließ, während er die nach der ersten mündlichen Verhandlung vorgebrachte dilatorische Einrede zurückwies. Allerdings ist im Kognitionsverfahren die Bestellung eines Kommissars des Magistrats und Instruktion dieses Kommissars mittels formula vorgekommen.[4]) In diesem Falle bedurfte es bei nachträglichem Vorbringen einer peremtorischen exc. einer Abänderung der Formel, und das mochte noch als

---

[1]) Ähnlich schon Eisele a. a. O. 8ff.

[2]) Die Vertragsnatur der LC. im Formularprozeß sehe ich als feststehend an. Auf die Streitfrage über ihre Form soll hier nicht eingegangen werden.

[3]) Der Kognitionsprozeß duldet eine vertragsmäßige LC. seiner ganzen Natur nach nicht; vgl. über die Frage eines suscipere iudicium im Kognitionsprozeß Wlassak, Anklage und Streitbefestigung (1917) 180ff., Abwehr gegen Lotmar (1920) 15.

[4]) Partsch, Schriftformel (1905) 69ff.; Wenger, Formula bei Pauly-Wissowa 2867ff.; Wlassak, Der römische Provinzialprozeß (1919) 23ff. In welchem Umfange von derartigen Formeln Gebrauch gemacht wurde und wieweit sie denen des echten Formularverfahrens glichen, soll hier nicht geprüft werden.

eine Art i. i. r. aufgefaßt werden. Aber in allen Fällen, in denen der Magistrat selbst die Sache erledigt oder der Kommissar nicht mit Formel instruiert wurde, mußte sich die i. i. r. vollkommen verflüchtigen. Vollends seit Abschaffung des Gebrauchs der Formeln durch Konstantins Söhne (C. J. 2, 57, 1) hätte die i. i. r. gegen Versäumnis des Vorbringens einer peremtorischen Einrede keine Rolle mehr spielen können.

Die nachdiokletianischen Quellen[1]) zeigen auch m. E. deutlich das entsprechende Bild: dilatorische Einreden sind nur bei der ersten mündlichen Verhandlung zur Hauptsache zulässig, peremtorische jederzeit, und zwar ohne daß dabei nach einem Entschuldigungsgrunde für die Verspätung des Vorbringens, insbesondere nach einem Irrtum, gefragt würde. Für das justinianische Recht kann man ohne weiteres sagen: dilatorische Einreden sind nur bei der Litiskontestation zulässig. Denn im justinianischen Recht wird die Litiskontestation als mit der ersten mündlichen Verhandlung zur Hauptsache gegeben angesehen. Dies ergibt Just. C. J. 3, 1, 14 § 4.[2]) Die Verordnung spricht zwar allgemein vom Beginn der mündlichen Verhandlung, meint aber offenbar die Verhandlung zur Hauptsache und kann selbstverständlich nur die kontradiktorische Verhandlung meinen.

Für das Recht des vierten und fünften Jahrhunderts hat der jüngere Sohm[3]) den Nachweis unternommen, daß in der ersten Hälfte des vierten Jahrhunderts und von 419 bis über die Mitte des fünften Jahrhunderts hinaus unter Litiskontestation die Zustellung der Klageschrift verstanden

[1]) Sev. und Car. C. J. 2, 1, 3 bezieht sich auf Änderungen der Klage zugunsten des Klägers und zeigt eine Überwindung der Vermittelung durch i. i. r. nicht, läßt also eine solche Überwindung auch im Falle der Versäumnis einer Einrede noch nicht erschließen. Auch Alex. C. J. 8, 35, 4 ist nicht zu verwerten. Sie ergibt natürlich nicht, daß defensiones, die schon vor der dilatio versäumt wurden, nach der dilatio wieder hätten geltend gemacht werden können.

[2]) Vgl. dazu Wlassak, Anklage und Streitbefestigung (1917) 228 ff.

[3]) Die litis contestatio in ihrer Entwickelung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart (1914) 91 ff.



wurde, und es ist zweifellos, daß dafür vieles spricht.[1]) Aber der Verlust der dilatorischen Einreden kann nie eingetreten sein, bevor der Beklagte zu Worte gekommen war, und man kann, wenn Sohm recht hat, nur für die entsprechende Zeit den Satz, daß die dilatorische Einrede bei der ersten mündlichen Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen war, nicht dadurch ausdrücken, daß solche Einreden bei der Litiskontestation vorzuschützen waren. Der Satz selbst hat mit der von Sohm behandelten Frage nichts zu tun.

Die hier behauptete Rechtslage ist m. E. bereits für die diokletianische Zeit durch Diocl. C. J. 7, 50, 2 belegt. Ich erlaube mir, die Stelle sogleich in der Fassung einzurücken, in der sie m. E. gelesen werden muß:

> Peremtorias exceptiones omissas initio, antequam sententia feratur, opponi posse perpetuum edictum manifeste declarat, quo, si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. nam iudicatum contra maiores annis viginti quinque non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest.

Der überlieferte Text hat: . . . declarat. Quod si aliter cet. Aber dieser Text unterliegt den schwersten Bedenken. Er ergibt zunächst: das prätorische Edikt sagt klar, daß peremtorische Einreden vor dem Urteil vorgeschützt werden können, also, wie daraus zu entnehmen ist, auch nach der Litiskontestation. Wenn aber aliter actum fuerit, das heißt doch, wenn anders geklagt oder verhandelt ist, wenn die peremtorische Einrede nach dem Urteil vorgeschützt wird, wird i. i. r. gestattet. Damit stände aber der letzte Satz im krassen Widerspruch; denn er sagt, daß ein gegen einen Volljährigen ergangenes Judikat nur mit Appellation angefochten werden kann, die i. i. r. dagegen nicht stattfindet, abgesehen natürlich von Fällen, in denen ein besonderer Restitutionsgrund vorliegt.[2])

Krüger[3]) hat den Widerspruch des zweiten und des dritten Satzes auch empfunden und will dadurch helfen,

[1]) Vgl. auch Wlassak a. a. O. 143 [3].
[2]) Z. B. Marcell. lib. 3 dig. D. 4, 1, 7 § 1 (Pal. 21).
[3]) Arch. f. ziv. Praxis 67 (1884), 154ff.

daß im zweiten Satz statt i. i. r. permittitur gelesen wird: i. i. r. perimitur. Also: wenn verhandelt ist ohne Vorschützen der peremtorischen Einrede — und dann geurteilt ist, so wird die i. i. r. (die vorher zulässig war) vernichtet; (sie ist nicht mehr zulässig) wozu dann der dritte Satz die Begründung gibt. Das ist eine Möglichkeit; aber die Textänderung ist ziemlich erheblich und die Wendung i. i. r. perimitur hart.

Lenel[1]) hält den überlieferten Text aufrecht und erklärt die Stelle so: Er faßt den zweiten Satz nicht als einen allgemeinen, sondern als eine Spezialentscheidung für den dem Kaiser vorliegenden Fall: Ist im vorliegenden Fall anders verfahren, d. h. die von dir, dem Supplikanten, erbetene i. i. r. vor dem Urteil verweigert worden, so wird von mir, dem Kaiser, die erbetene i. i. r. (hierdurch) erteilt. Hast du dagegen nichts weiter vorzubringen, als daß du die peremtorische Einrede versäumt hast, so ist, außer wenn du minderjährig bist, der rechte Weg für die Anfechtung des Urteils nicht die Restitutionsbitte, sondern die Appellation. Ich halte diese Erklärung nicht für annehmbar. Zunächst sprachlich nicht. Um den von Lenel angenommenen Sinn auszudrücken, müßte nicht die Anknüpfung mit Quod si, sondern mit Itaque si oder ähnlich gewählt worden sein, auch ist die Wendung i. i. r. permittitur kein angemessener Ausdruck für die von Lenel angenommene kaiserliche Spezialentscheidung. Sodann wäre es immerhin auffallend, wenn eine bloße Spezialentscheidung stehengeblieben wäre, und endlich ist es fraglich, wie die kaiserliche Entscheidung prozessual zu denken wäre. War in der Unterinstanz unter Verwerfung der Einrede gegen den Bittsteller endlich erkannt, so konnte der Kaiser die Restitution nicht erteilen; denn das wäre ja gerade Restitution gegen das Endurteil gewesen. Denkbar wäre, daß das Reskript auf Appellation gegen Verwerfung der Einrede mittels Interlokuts oder gegen Ablehnung der i. i. r. ergangen wäre. Aber die appellatio more consulta-

---

[1]) Exzeptionen 61f.; ihm zustimmend Wenger bei Pauly-Wissowa, exceptio S. 1562.



tionis, die hierbei vorauszusetzen wäre, bestand unter Diokletian noch nicht.

Wenn man dagegen den oben vorgeschlagenen Text der Stelle annimmt — er beruht, da die Interpunktion gleichgültig ist, auf der Streichung eines einzigen Buchstabens (quo statt quod) —, so ergibt sich ein völlig klarer und einheitlicher Sinn. Zunächst sei bemerkt: in dem Edikt soll nach Diokletian gestanden haben, daß die peremtorische exceptio noch nach der Litiskontestation, vor dem Urteil, vorgebracht werden könne. Wie kann man sich aber vernünftigerweise denken, daß das Edikt dies zum Ausdruck gebracht haben könnte, wenn nicht eben dadurch, daß, falls die peremtorische exc. in der Formel nicht aufgenommen war, die i. i. r. verheißen wurde. Daß das Edikt diese Verheißung enthielt, nimmt auch Lenel[1]) unter Berufung auf unsere Stelle an, und gewiß mit Recht. Die Stelle bedeutet nach unserer Lesart: daß peremtorische Einreden, die bei der LC. nicht vorgebracht (omissas) sind, vor dem Urteil noch vorgeschützt werden können, erklärt deutlich das prätorische Edikt, durch welches, wenn anders, d. h. unter Nichtbeachtung der exceptio geklagt, d. h. die Litiskontestation vollzogen ist, i. i. r. gestattet wird. Aber nur vor dem Urteil kann die exceptio nachgebracht werden, nicht nachher; denn ein Urteil — es müßte sich denn um einen minderjährigen Beklagten handeln — kann unter dem Vorwande des Versäumnisses einer exc. ohne Appellation nicht angefochten werden. Ist also die (in zwei bis drei Tagen einzulegende) Appellation versäumt, so ist mit der (in einem annus utilis[2]) zu erbittenden) i. i. r. nichts mehr auszurichten. Dagegen ist zulässig, in der Appellationsinstanz — bei rechtzeitig eingelegter Appellation — die Einrede vorzubringen. Das zeigt die Stelle durch den Gegensatz mit voller Sicherheit.

Wenn nun aber Diokletian sagt, daß die peremtorische exc. bis zum Urteil vorgebracht werden kann, und hierfür

---

[1]) Edikt § 45, 3.

[2]) Zur Zeit Diokletians war es noch so. Erst Justinian hat das quadriennium continuum an die Stelle gesetzt, C. J. 2, 52, 7; vgl. C. Th. 2, 16, 2.

darauf Bezug nimmt, daß das Edikt die i. i. r. gestattet, so folgt daraus nicht, daß zu seiner Zeit die i. i. r. noch als Vermittelung der Zulassung der peremtorischen exc. nach der LC. notwendig war. Der Kaiser sagt einfach: die peremtorische exc. ist ohne weiteres in erster Instanz bis zum Urteil und ebenso in der Appellationsinstanz zulässig. Dieser Satz erscheint nur als eine dem fortgeschrittenen Prozeßverfahren entsprechende Umformung der im Edikt verheißenen i. i. r.

Auch andere Stellen ergeben den hier behaupteten Rechtszustand.

Diocl. C. J. 8, 35, 8 sagt:

> Praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, vel omissam, priusquam sententia feratur, obicere quandoque licet.

Diese Stelle wird deutlicher im Zusammenhange mit Diocl. C. J. 7, 33, 9:

> Emptor bona fide contra praesentem decennii praescriptione, cuius initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione iustae possessionis defensus absolvi recte postulat.

und Diocl. C. J. 8, 35, 9:

> . . . nam si etiam de intentione dubitas, habita de exceptione contestatione tunc demum, cum intentionem secundum adseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.

Es genügt nach diesen Erlassen, die exceptio zu Anfang vorzuschützen; ihr Beweis erfolgt nach dem Klagebeweis. Die peremtorische exceptio kann aber nach C. J. 8, 35, 8 sogar (vel) jederzeit (quandoque)[1]) bis zum Urteil nachgebracht werden, ohne daß dabei von einer vor-

---

[1]) Wieding, Der justinianeische Libellprozeß (1865) 219 wollte quandoque mit „unter Umständen" übersetzen; aber diese Übersetzung ist unzutreffend. Allerdings kann das Wort bedeuten: dann und wann; aber regelmäßig heißt es: zu beliebiger Zeit, irgend einmal, und in den Rechtsquellen ist überhaupt nur diese Bedeutung nachweisbar; vgl. Heumann-Seckel s. h. v.



gängigen i. i. r., einem Irrtumsbeweis oder etwas Ähnlichem die Rede wäre.

Für die dilatorische Einrede dagegen hat es nach Diocl. C. J. 4, 19, 19 sein Bewenden dabei, daß sie bei der LC. (initio) vorzuschützen ist und nur ihr Beweis aufgeschoben bleibt, bis der Kläger seine Behauptungen bewiesen hat. Julian C.J. 8, 35, 12 hat sogar eine Strafe von einem Pfund Gold gegen den Advokaten angedroht, wenn er nach der ersten mündlichen Verhandlung eine dilatorische Einrede vorbringt und trotz ihrer Verwerfung dabei beharrt.

Insbesondere für die praescriptiones fori ergibt Hon. und Theod. C. Th. 11, 30, 65 = C. J. 8, 35, 13 die Notwendigkeit der Vorschützung bei der ersten mündlichen Verhandlung (in principio) und zugleich die Unzulässigkeit der Appellation gegen Interlokute (d. h. wohl zunächst solche, durch welche eine derartige Einrede verworfen wird), und zwar beides als schon vor dem Erlaß feststehende Rechtssätze.[1]) Auch die Ablehnung des Richters kann nur vor der Litiskontestation erfolgen (antequam lis inchoetur) (Just. C. J. 3, 1, 16).[2])

Ebenso zeigt für die exceptio procuratoria schon Gordian C. J. 2, 12, 13, daß sie nur bei der Litiskontestation vorgeschützt und auch in der Appellationsinstanz nicht nachgebracht werden kann.

Bethmann-Hollweg[3]) vertritt den Standpunkt, daß in der nachklassischen Zeit sowohl die exceptio praeiudicii wie die exceptio rei iudicatae, die exc. transactionis und die Einrede der Verjährung vor der Litiskontestation vorgeschützt werden mußten. Zutreffend ist dies für die exc. praeiudicii, weil sie dilatorisch ist, nicht aber für die anderen genannten Einreden; denn diese sind peremtorisch. Bethmann-Hollweg — der Belege für seine Ansicht nicht bringt — hat sich offenbar von dem unrichtigen Gedanken leiten lassen, daß Einreden dilatorisch sind, wenn man

[1]) Vgl. Ulp. lib. 6 fideic. D. 5, 1, 52 pr. (Pal. 1899), Constant. C. J. 3, 13, 4. Freilich spielt hier der Gedanke der sog. Prorogation mit; vgl. Ulp. lib. 2 ad ed. D. 5. 1, 1 (Pal. 194).

[2]) Vgl. nov. 96 c. 2.

[3]) Röm. Zivilpr. III, 265.



ihrem Inhalt nach erwarten sollte, daß sie vor dem sonstigen Prozeßstoff verhandelt werden.

Daß in der Appellationsinstanz die peremtorischen Einreden vorgetragen werden können, die in erster Instanz nicht vorgebracht waren, ergibt, wie gesagt, schon Diocl. C.J. 7, 50, 2. Citra appellationis auxilium können sie nach dem Urteil nicht vorgebracht werden, also können sie es appellationis auxilio. Dies wird auch durch andere Stellen bestätigt. So durch die ebenfalls diokletianische C. J. 7, 62, 6 § 1:

> Si quid autem in agendo negotio minus se adlegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum, apud eum qui de appellatione cognoscit persequatur cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis quam iustitiam locum habere debere necessaria res forte transmissa non excludenda videatur.

Wenn in dieser Stelle den Parteien unbeschränkt neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Appellationsinstanz gestattet zu werden scheinen, so wird man allerdings die dilatorischen Einreden, die schon in der ersten Instanz nach der LC. nicht mehr vorgebracht werden können, folgerichtig davon ausnehmen müssen. Auch zeigt die oben bereits angeführte Konstitution Gordians C. J. 2, 12, 13, daß die exc. procuratoria in der Appellationsinstanz nicht nachgebracht werden kann. Nur solche dilatorische Einreden können in der Appellationsinstanz geltend gemacht werden, die auf Rügen des vom Kläger in der Appellationsinstanz selbst beobachteten Verfahrens hinauslaufen. Dagegen besteht nicht der mindeste Anlaß, peremtorische Exzeptionen von der Bestimmung der l. 6 § 1 cit. ausnehmen zu wollen, was ja auch mit C. J. 7, 50, 2 völlig unvereinbar sein würde.

Besonderes gilt freilich für die Appellation an den Kaiser im schriftlichen Verfahren (appellatio more consultationis). Hier werden Noven anfangs ganz verboten (Const. C. Th. 11, 30, 11 pr.). Auf die appellatio more consultationis bezieht sich auch Val. Theod. Arc. C. Th. 11, 30, 52:

> Nihil sub sacri iudicii examine de ea parte negotii debet

definiri, de qua nihil in exordio apud praesidem aut institutum fuerit ac probatum.

Hier ist freilich die Bedeutung der pars negotii zweifelhaft.

Justinus (C. J. 7, 63, 4 pr. a. 520) hat das Vorbringen neuer Tatsachen bei der appellatio more consultationis, auch das neuer exceptiones gestattet, aber wiederum mit einem Vorbehalt: sie dürfen nicht ad novum capitulum pertinere. Die Bedeutung dieses Vorbehalts ist kaum sicher festzustellen. Die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel wird im übrigen darauf beruhen, daß inzwischen die mündliche Verhandlung bei der appellatio more consultationis wieder eingeführt war.

Unter Justinian, zu dessen Zeit diese mündliche Verhandlung sicher bestand (C. J. 7, 63, 5 §§ 2 und 3) heißt es einfach (C. J. 7, 62, 39 § 1a), daß es zulässig ist, in den libelli refutatorii inscribere . . . quae . . . vel aliquid novi continent vel addere quod derelictum est. Will man mit Mommsen die Worte: vel aliquid novi continent streichen, so bleibt doch der Sinn derselbe. Auch bei der Bestimmung Justinians, nach der bei der Retraktation Noven zulässig sind (C. J. 7, 62, 37 § 4), wird auf das Beispiel der appellatio more consultationis verwiesen.

Für die appellatio more consultationis findet sich als Sondersatz auch der, daß einmalige Appellation gegen ein Interlokut, das eine peremtorische Einrede verwirft, die Möglichkeit des Vorbringens neuer Einreden abschneidet. Dies bestimmt eine Verordnung von Valens, Valentinian und Gratian, die im C. Th. in vier Stücken steht: 11, 36, 23; 11, 30, 37; 11, 36, 24. 25.

C. Th. 11, 36, 23 verbietet die Appellation von Interlokuten[1]), abgesehen von denen, die eine peremtorische Einrede verwerfen. C. Th. 11, 30, 37 bestimmt positiv, daß die Appellation gegen die Verwerfung peremtorischer Einreden zulässig ist.[2]) Der Beklagte soll aber an den Kaiser

[1]) Wie auch sonst vielfach bezeugt ist: Const. C. Th. 11, 30, 2; 11, 36, 1. 2. 3, Constantius Constans C. Th. 11, 30, 25; 11, 36, 5. 11; Valentin. Valens C. Th. 11, 36, 15. 16. 18; Grat. Val. Theod. C. Th. 11, 30, 40. 44; Hon. Theod. C. Th. 11, 30, 65.

[2]) Nur auf peremtorische Einreden ist auch Valentin. Valens C. Th. 11, 36, 18 (cum vel exceptio opponitur) zu beziehen.

erst nach Verwerfung aller seiner peremtorischen Einreden appellieren, zur Vermeidung mehrfacher Appellation. C. Th. 11, 36, 24 fügt den für unsere Betrachtung entscheidenden Satz hinzu:

> Si quis post susceptam super praescriptionibus peremtoriis appellationem et responsum a nobis redditum aliam peremtoriam praescriptionem opposuerit, non admittatur et, si propter eam non admissam provocare voluerit, refutetur.

Es ist also nicht nur eine zweite Appellation an den Kaiser wegen Verwerfung der neuen peremtorischen Einrede unzulässig, sondern auch das Vorbringen der neuen Einrede in der Unterinstanz selbst. Die Einrede ist ohne sachliche Prüfung zu verwerfen (non admittatur et).

Der folgende Satz:

> Sane volumus ei iuxta ordinem iuris defensionis loco praescriptiones peremtorias, quibus ante uti debuerat, reservari

gibt freilich zu Zweifeln Anlaß. Aber angesichts des vorhergehenden Satzes wird er dahin aufgefaßt werden müssen, daß das nachträgliche Vorbringen von peremtorischen Einreden in erster Instanz zulässig bleibt, sofern nicht eben der Beklagte es sich durch einmalige Appellation an den Kaiser abgeschnitten hat. Denn die Annahme von Gothofredus[1]), daß nur die zweite Appellation, nicht aber das Vorbringen neuer Einreden in erster Instanz durch die erste Appellation unzulässig werde, ist nach dem ersten Satz doch nicht möglich. Jedenfalls aber ist die ganze Sondervorschrift für die appellatio more consultationis nur von der Annahme aus verständlich, daß an und für sich peremtorische Einreden bis zum Endurteil ohne weiteres vorgebracht werden können.

Ich glaube daher als Ergebnis feststellen zu dürfen: von einer i. i. r. als Vorbedingung der Zulassung peremtorischer Einreden nach Beginn der Verhandlungen ist nirgends, außer in C. J. 7, 50, 2, die Rede, und auch diese

---

[1]) Zu C. Th. 11, 36, 24.

Konstitution macht die Zulassung nicht von einer i. i. r. abhängig, sondern nennt die Ediktsbestimmung über die i. i. r. nur als geschichtliche Quelle des Satzes, daß die peremtorische Einrede nachträglich vorgebracht werden darf. Sie darf in erster Instanz bis zum Urteil, ebenso aber auch in der Appellationsinstanz vorgebracht werden, ausgenommen bei der appellatio more consultationis, solange bei dieser keine mündliche Verhandlung stattfand und deshalb Noven ausgeschlossen waren. Gegen Verwerfung peremtorischer Einrede ist Appellation zulässig. Einmalige Appellation an den Kaiser wegen Verwerfung peremtorischer Einrede schneidet aber nach dem Rechte des C. Th. weitere peremtorische Einreden ab. Die dilatorischen Einreden müssen bei der ersten mündlichen Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht werden, sonst sind sie verloren; sie können auch nicht in der Appellationsinstanz nachgebracht werden. Appellation wegen Verwerfung einer dilatorischen Einrede ist unzulässig.[1])

III.

Ein bekannter Grundsatz des klassischen Rechts war, daß, wenn jemand geleistet hat, während er eine peremtorische Einrede hätte geltend machen können, die condictio indebiti begründet ist, nicht dagegen, wenn die Einrede nur eine dilatorische ist.[2]) Manchmal wird freilich angenommen, daß auch in Fällen, in denen jemand bei einer Leistung versäumt hat, ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, also bei dilatorischer Einrede, die condictio indebiti, und zwar schon im klassischen Recht vorkomme. Es handelt sich dabei um eine Gruppe von Stellen, bei denen Auslegung und Interpolationsfrage bestritten

[1]) Erwähnt mag noch werden, daß eine Supplikation, um Abänderung eines Reskripts zu erzielen, zulässig ist, wenn das Reskript eine dilatorische Einrede für begründet erklärt, nicht aber, wenn es einer peremtorischen Einrede stattgibt. C. Th. 1, 2, 5 a. 325; Gothofredus h. l. (damals 3).

[2]) Jul. lib. 10 dig. D. 12, 6, 32 § 1 (Pal. 162), Ulp. lib. 26 ad ed. D. 12, 6, 26 § 3. § 7 = fr. Vat. 266 (Pal. 774), Paul. lib. 3 ad Plaut. D. 12, 6, 43 (Pal. 1094), Marci. lib. 3 reg. D. 12, 6, 40 pr. (Pal. 240).

sind.[1]) So, wie die Stellen vorliegen, ergeben sie m. E. folgendes Bild.

Im allgemeinen können Verwendungen des Besitzers auf fremde Sachen nur durch Einrede geltend gemacht werden (Pap. lib. 2 resp. D. 6, 1, 48 [Pal. 430], Paul. lib. 3 resp. D. 44, 4, 14 [Pal. 1466]). Die condictio wegen versäumter Retention wird ausdrücklich verneint von Jul. lib. 39 dig. D. 12, 6, 33 (Pal. 551 unter der Rubrik de fideic.) und Pomp. lib. 6 ad Q. Muc. D. 12, 6, 51 (Pal. 251 unter der Rubrik de legatis). Ist die Nießbrauchssache vom Erben an den Nießbrauchsvermächtnisnehmer ausgeliefert, ohne daß die cautio usufructuaria geleistet worden war, so hat nach Proculus der Erbe die Vindikation mit Replikation gegen die exceptio de re ususfructus nomine tradita (bei Ulp. lib. 79 ad ed. D. 7, 9, 7 pr. [Pal. 1724]). Hat ein Erbe, ohne die falzidische Quart abzuziehen und ohne sich die cautio: si cui plus cet. bestellen zu lassen[2]), dem Universalfideikommissar die Restitutionserklärung über die ganze Erbschaft abgegeben, so hat er nach Aristo die hereditatis petitio und das interdictum quorum bonorum, indem dem Fideikommissar die Geltendmachung der durch die Restitutionserklärung erlangten Erbenstellung verweigert wird. Klagt der Fideikommissar, so unterliegt er der exc. doli (bei Pomp. lib. 22 ad Sab. D. 36, 1, 22 [Pal. 695]). Gegen den klassischen Ursprung dieser Entscheidungen kann keinerlei Verdacht aufkommen.

Es findet sich aber für den Fall, daß der Erbe die vermachte Sache tradiert, während er ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen hätte geltend machen können, in D. 30, 60 unter dem Namen Julians (lib. 39 dig. [Pal. 551] eine condictio incerti quasi plus debito solverit. Ebenso in D. 12, 6, 40 § 1 unter dem Namen Marcians (lib. 3 reg. [Pal. 240]).

---

[1]) Vgl. Dernburg, Kompensation (1868) 368ff.; Siber, Kompensation (1899) 71f.; Gradenwitz, Interpolationen 27f.; Pernice, Labeo 3, 1, 203ff.; Trampedach, Sav.-Z. 17, 113ff.; H. H. Pflüger, Sav.-Z. 18, 75ff.; Kretschmar, Entwickelung der Komp. (1907) 66.

[2]) Vgl. Lenel, Edikt § 284 bes. [10].

In D. 7, 9, 7 pr. wird der oben mitgeteilten Entscheidung des Proculus unter Ulpians Namen hinzugefügt: sed et ipsa stipulatio condici poterit. Ulp. lib. 18 ad Sab. D. 7, 5, 5 § 1 (Pal. 2591) handelt davon, daß Geld, an dem jemand Nießbrauch haben soll, ohne Leistung der cautio usufructuaria ausgezahlt wird. Das Geld selbst kann erst nach dem Ende des Nießbrauchs kondiziert werden; aber sogleich kann mit condictio incerti auf die Stipulation geklagt werden. Pomponius gibt bei Ulp. lib. 79 ad ed. D. 35, 3, 3 § 10 (Pal. 1718) für den Fall der Leistung eines Legats, ohne daß die Satisdation wegen der Quart erfolgt ist, eine condictio interponendae satisdationis gratia. Papinian lib. 18 quaest. D. 33, 4, 7 §4 (Pal. 270) (vgl. denselben lib. 19 quaest. D. 31, 69 § 3 [Pal. 282]) verneint bei einer Fideikommißleistung ohne die cautio die condictio indebiti ausdrücklich, cautionis enim praestandae necessitas solutionem moratur, non indebitum facit quod fuit debitum; wozu dann freilich unpassend und farblos hinzugesetzt wird: sed non erit iniquum heredi subveniri.

In den Fällen, in denen jemand verpflichtet ist, ein Grundstück unter Deduktion eines Rechts zu übereignen, liegt die Sache anders als bei Verwendungen. Der Schuldner kann nicht die Übereignung zurückhalten, bis das Recht bestellt ist; es handelt sich nicht um dilatorische Einrede. Gleichwohl sei zur Vergleichung bemerkt, daß in diesen Fällen von Pomp. lib. 22 ad Sab. D. 12, 6, 22 § 1 (Pal. 690), Paul. lib. 5 ad Sab. D. 19, 1, 8 pr. (Pal. 1721), Marci. lib. 3 reg. D. 8, 2, 35 (Pal. 238) condictio incerti auf Bestellung der Servitut gegeben wird, wenn die Übereignung ohne Vorbehalt stattgefunden hat.[1])

M. E. muß aus Vergleichung der Stellen, die deutlich von Kondiktion auf Eingehen der Stipulation, Bestellung der Satisdation, Bestellung der Servitut reden, für das justinianische Recht jedenfalls entnommen werden, daß auch D. 33 4, 7 § 4 eine Klage auf Bestellung der Kaution

---

[1]) Ulp. lib. 36 ad Sab. D. 25, 1, 5 § 1 (Pal. 2806), condictio auf die impensae necessariae, wenn die dos ganz zurückgegeben ist, nimmt eine Sonderstellung ein wegen des Satzes impensae necessariae dotem ipso iure minuunt.

und ebenso D. 30, 60 und D. 12, 6, 40 § 1 dem Erben eine condictio auf Zahlung des Verwendungen geben wollen. Daß alle diese Kondiktionen auf Interpolation beruhen, wird anzunehmen sein; ob das klassische Recht in den gleichen Fällen eine condictio überhaupt nicht kannte oder ob und inwieweit es statt dessen eine condictio auf Rückgabe der bewirkten Leistung hatte[1]), ist zweifelhaft. Eher dürfte für Verneinung der Klage zu entscheiden sein. Jedenfalls aber handelt es sich in den herangezogenen Stellen durchweg um Rechtslagen, in denen der Leistende, wenn er vor der Leistung sich die Kaution nicht hatte bestellen, die Verwendungen nicht hatte bezahlen lassen, einen anderweiten Rechtsschutz nicht hatte. Und sollte ihm daher schon das klassische Recht prinzipwidrig mit Klage in irgendeiner Gestalt geholfen haben, so würde das — dies sei schon hier bemerkt — keine Schlußfolgerung in bezug auf den kompensationsberechtigten Schuldner erlauben, der ohnehin aus seiner Gegenforderung klagen konnte.

IV.

Wir haben bisher vorausgesetzt, daß in jedem Falle die Einrede entweder in die Kategorie der dilatorischen oder in die der peremtorischen Einreden zweifelsfrei sich eingliedern läßt. Es gibt aber Einreden, die je nach dem Ausfall einer Bedingung als peremtorische oder dilatorische erscheinen. Hiervon handelt Papinian lib. 8 quaest. D. 12, 6, 56 (Pal. 146):

> Sufficit ad causam indebiti incertum esse temporaria sit an perpetua exceptionis defensio. nam si qui, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti: ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio iuris, quae causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

[1]) Hierfür besonders H. H. Pflüger a. a. O.; vgl. auch Siber a. a. O. 71 [8].



Die „schlechteren" Handschriften lesen condicionis instar obtinet. Ob sie recht haben, mag zweifelhaft sein. Daß eine exceptio das Bild einer condictio bietet, könnte jedenfalls nur als ein seltsamer Ausdruck dafür angesehen werden, daß bei Zahlung trotz Existenz solcher exc. die condictio gegeben wird (daß dies die Stelle sagen will, ist unzweifelhaft); daß die Existenz der Einrede das Bild einer Bedingung bietet, ist leichter zu verstehen und sagt dasselbe. Die Schuld wird bei Existenz einer Einrede der fraglichen Art gewissermaßen eine bedingte[1]), und daß bei Leistung auf eine bedingte Schuld, die der Leistende für unbedingt hält, die condictio indebiti gegeben wird, steht fest.[2]) Wäre nicht die Forderung zuerst unbedingt begründet und hernach nur durch ein ope exceptionis wirkendes pactum verändert, hätte vielmehr der Schuldner von vornherein versprochen zu leisten, wenn Titius Konsul werden würde, so wäre die bedingte Natur der Forderung völlig klar. Daß nun durch das ope exceptionis wirkende pactum ausgemacht wurde, der Gläubiger solle nur fordern können, wenn Titius Konsul würde, kann die Auffassung des Falles nicht wesentlich verändern. Allgemein kann der Rechtssatz, den Papinian ausspricht, so ausgedrückt werden: wenn eine Einrede dahin begründet ist, daß nur unter einer Bedingung die Leistungspflicht bestehen bleibt, beim Ausfall der Bedingung aber wegfällt (wenngleich eben nur ope exceptionis), so ist die Einrede während Schwebens der Bedingung als peremtorische zu behandeln.[3]) Papinian sagt dies in bezug auf die condictio indebiti. Es muß aber ebenso auch in bezug auf die prozessuale Behandlung der exceptio gelten.

Es gibt noch andere Einreden von gleichartigem Typus. Jul. lib. 1 ad Ursei. D. 38, 2, 25 (Pal. 885) sagt: Solange der Patron in der Lage ist, die bonorum possessio partis

---

[1]) Cels. lib. 6 dig. D. 12, 6, 48 (Pal. 54), Pomp. lib. 15 ad Sab. D. 12, 6, 16 (Pal. 609), Ulp. lib. 47 ad Sab. D. 12, 6, 18 (Pal. 2940).

[2]) Vgl. Siber, Kompensation 71.

[3]) Der von Siber a. a. O. angenommene Unterschied zwischen exceptio und exceptionis defensio kann hier keine Rolle spielen. Er ist haltbar, wenn einer exc. eine replicatio gegenübertritt, wie in der von Siber angeführten Stelle Papinians (D. 16, 1, 7), aber darum handelt es sich hier nicht.

debitae zu erwerben, haben die Erbschaftsschuldner gegen den sonstigen Erben des Freigelassenen die exceptio: si non in ea causa sit patronus, ut bonorum possessionem pro parte debita contra tabulas petere possit. Man könnte die Einrede dilatorisch nennen wollen, weil sie mit Ablauf der Frist zur Erbittung der bonorum possessio verlorengeht. Allein damit ist ihr Wesen nicht getroffen. Wenn innerhalb der Frist der Patron die b. p. annimmt, so hat der sonstige Erbe, soweit der Teil des Patrons reicht, von den Schuldnern nichts zu fordern. Insoweit steckt in der exceptio die Möglichkeit einer perpetua defensio. Deshalb würde ein Schuldner, der das Ganze an den Erben zahlte, zu dem der Quote des Patrons entsprechenden Teil die condictio indebiti haben.

Ebenso verhält es sich bei der von Marci. lib. 5 regul. D. 37, 4, 15 (Pal. 280) erwähnten exc.: si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest, die der Erbschaftsschuldner den sonstigen Erben entgegensetzen kann, die daher auch der Sohn selbst, der die b. p. contra tabulas erwerben kann, zur Verfügung hat, wenn er selbst Erbschaftsschuldner ist.[1])

Julian. lib. 4 dig. D. 44, 7, 15 (Pal. 58) und Ulp. lib. 13 ad ed. D. 44, 2, 2 (Pal. 445) geben, wenn ein Erbschaftsgläubiger mit seiner Klage gegen den heres abgewiesen ist auf Grund der exceptio: ac si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit, und nachher der emanzipierte Sohn die b. p. c. t. nicht annimmt, dem Gläubiger i. i. r. im Sinne der Wiederherstellung der Klage gegen den heres. Julian bemerkt dabei: quamdiu b. p. c. t. filio dari potest, heres quodammodo debitor non est. Die Entscheidung hat zwar unmittelbar mit der condictio indebiti nichts zu tun. Sie läßt aber erkennen, daß dem heres, wenn er — vor der Entscheidung über den Erwerb der b. p. c. t. — gezahlt hätte, die condictio indebiti nicht versagt worden wäre.

---

[1]) Die in Gegensatz zu dieser exc. gesetzte exc. doli, durch deren Gebrauch der Sohn jene exc. verliert (weil angenommen wird, er habe mit Vorschützen der exc. doli die b. p. ausgeschlagen, muß eine sachliche Einrede gegen die Forderung sein.



Das Charakteristische der hier besprochenen Fälle ist, daß es nicht vom Willen des Klägers abhängt, die exceptio zu vermeiden; denn er kann nicht hindern, daß Titius Konsul wird, daß der Sohn, der Patron die b. p. erwirbt. Wenn dagegen dem Kläger die exceptio bonorum possessionis non datae entgegengesetzt wird (Paul. lib. sing. de conc. form. D. 44, 1, 20 [Pal. 53])[1]), so hat die Einrede, solange dem Kläger noch die Frist zur Annahme der b. p. läuft, dilatorischen Charakter. Denn hier hängt es von seinem Willen ab, die b. p. anzunehmen. Er kann die Einrede somit vermeiden (vgl. oben S. 328). Peremtorisch ist die Einrede nur, wenn der Kläger die Frist versäumt hat oder nicht zur b. p. berufen ist.

V.

Nunmehr kann auf die Kompensation eingegangen werden. Es ist in diesem Aufsatz, dem ein knapper Raum zugemessen ist, nicht möglich, die bekannten Fragen des Kompensationsverfahrens eingehend zu behandeln. Ich sehe als feststehend an, daß erst Justinian den Satz ipso iure compensatur eingeführt hat (C. J. 4, 31, 14 pr., J. 4, 6 § 30)[2]) und daß vor ihm die exc. doli generalis das Organ der Kompensation war. Nimmt man die Hypothese von Kretschmar[3]) an, die Koschaker[4]) als möglich, Sohm[5]) als wahrscheinlich bezeichnet hat, so bleibt das Ergebnis für unsere Betrachtung dasselbe. Denn Kretschmars

---

[1]) Vgl. Lenel, Edikt § 68 a. E., § 271.

[2]) S. bes. Appleton, Histoire de la compensation (1895) 428 ff. Zu D. 16, 2, 21 (Paul. lib. 1 quaest. [Pal. 1273], möchte ich trotz Kretschmar a. a. O. 46 f. bei der Annahme einer Interpolation stehenbleiben. Ulp. lib. 63 ad ed. D. 16, 2, 10 pr. (Pal. 1426) führt auch Kretschmar 68 f. auf die Eigenart des Gesellschaftsverhältnisses zurück. Paul. lib. 3 ad Sab. D. 16, 2, 4 (Pal. 1645) (dazu Kretschmar a. a. O. 14 f.) könnte sich aus einer ähnlichen Anschauung erklären, wie sie Paulus lib. 3 quaest. D. 12, 1, 40 (Pal. 1295) vertritt: Reflex ipso iure aus einer exc. In Alex. C. J. 4, 31, 4 wird man Interpolation des ipso iure annehmen dürfen.

[3]) Über die Entwickelung der Kompensation im röm. R. 1907, besonders 26 ff.

[4]) Sav.-Z. 30, 457 ff. [5]) Institutionen [16] 606.

Ansicht ist die, daß bei condictio certi auf erhobene Kompensationseinrede die Parteien durch novatorische Stipulation ihren Forderungen eine Gestalt gaben, die sie zu einer Klage mit intentio incerta eignete, daß sodann Kläger mit intentio incerta klagte und die Kompensation demgegenüber mit exceptio doli geltend gemacht wurde. Die exceptio doli als Organ der Kompensation ist aber dilatorisch, weil der Kläger durch Befriedigung der Gegenforderung ihr aus dem Wege gehen konnte (oben S. 331). Es ist schon öfter gesagt worden, daß Justinian durch die Anordnung, die Kompensation solle ipso iure erfolgen, den Erfolg herbeiführen wollte, daß sie nicht bei Beginn der Verhandlungen vorgeschützt werden mußte, sondern bis zum Urteil vorgeschützt werden konnte.[1]) Aber diese Ansicht kann nur richtig sein, wenn man festhält, daß die Kompensations-einrede dilatorisch war und aus diesem Grunde bei Beginn der Verhandlungen vorgeschützt werden mußte. Wäre sie peremtorisch gewesen, so hätte sie nach dem oben Gesagten schon vor Justinian bis zum Urteil vorgeschützt werden können. Justinian hätte, um seinen Zweck zu erreichen, die Kompensationseinrede zu einer peremtorischen exc. stempeln können. Aber dies wäre der inneren Natur der Kompensation gegenüber eine Gewaltsamkeit gewesen. Er wählte den anderen Weg: zu bestimmen, daß die Kompensation überhaupt nicht mehr als exceptio, sondern als ein ipso iure wirkender Einwand angesehen werden sollte.

Die Vorschrift, daß die Kompensation nur zugelassen werden soll, wenn die Gegenforderung nicht umständlich zu beweisen ist (C. J. 4, 31, 14 § 1), erscheint als ein Ausgleich dafür, daß die Kompensation in jeder Lage des Verfahrens vorgebracht werden kann. Solange sie nur bei der Eröffnung der Verhandlungen vorgebracht werden konnte, war dieser Satz nicht oder jedenfalls viel weniger notwendig.

Abgesehen von dem Wunsch, daß die Kompensations-einrede auch nach der Litiskontestation sollte vorgeschützt

---

[1]) Besonders Eisele, Kompensation (1876) 190ff.; Kretschmar a. a. O. 67.

werden können, ruht die Reform Justinians nach der prozessualen Seite hin wohl noch auf einem anderen Grunde. In der klassischen Zeit, als die prozessuale Konsumtion in Geltung war und eine Klagabweisung auf Grund dilatorischer Einrede ebenso definitiv wirkte wie eine solche auf Grund peremtorischer Einrede, hatte es vom Standpunkte des Verfahrens aus keine Bedenken, die Kompensation auf dilatorische Einrede zu gründen. Denn der Beklagte erlangte auf ihren Grund hin eine definitive Abweisung des Klägers. Wie sollte man aber beim Vorbringen der dilatorischen Kompensationseinrede sich verhalten, seit die prozessuale Konsumtion in der alten Weise nicht mehr bestand? Daß sie schon vor Zeno (C. J. 3, 10, 1) abgeschafft war, halte ich für sicher. Denn Zeno bestimmt nicht, daß der zu früh Klagende später nochmals klagen könne. Dies setzt er vielmehr voraus und verordnet als etwas Neues nur, daß der Kläger die doppelte Zeit warten muß, um welche er zu früh geklagt hat. Wie sollte man aber bei der dilatorischen Kompensationseinrede das gestalten? Sollte man den Kläger für die Dauer der Existenz der Gegenforderung abweisen oder seit Zeno für die Zeit bis zur Befriedigung der Gegenforderung und noch einmal soviel Zeit? Das alles wäre ja undurchführbar und der Tendenz der Kompensation vollkommen zuwider gewesen. Denn die Kompensation will die Sache erledigen und nicht hinausschieben. Zur Zeit der prozessualen Konsumtion konnte sie mit dilatorischer Einrede dies leisten, nachher nicht mehr. Die Einsicht in diese Schwierigkeit mag ein Grund mehr für die Anordnung der compensatio ipso iure gewesen sein. Vom Standpunkte der dilatorischen Natur der Kompensationseinrede im klassischen Recht muß die condictio indebiti dessen, der gezahlt hat, obwohl er hätte kompensieren können, für das klassische Recht gegen die in der Kompensationsliteratur herrschende Meinung[1]) folgerichtig verneint werden.

---

[1]) Brinz, Kompensation (1849) 18, 83; Dernburg, Kompensation [2] (1868) 587 ff.; Eisele, Kompensation (1876) 183 ff.; Stampe, Kompensationsverfahren (1886) 23 ff.; Frz. Leonhard, Aufrechnung (1896) 163 ff.

In den Digesten findet sich die condictio indebiti auf den Namen Ulpians D. 16, 2, 10 § 1 (lib. 63 ad ed.). Schon Lenel hat bemerkt, daß dies Interpolation ist (Pal. Ulp. 1426) und Ulpian an jener Stelle unter der Rubrik de Rutiliana actione vom deducere gegen den bonorum emptor gehandelt hat. Daß von diesem Falle kein Schluß auf die Kompensation zulässig ist, bedarf keiner Ausführung. Hätte man bei Versäumnis der deductio von seiten des Gegners des bonorum emptor den Beklagten auf die Geltendmachung seiner Forderung verwiesen, so hätte er nur auf die von dem bonorum emptor den Gläubigern des Gemeinschuldners versprochene Quote klagen können. Wenn dagegen der Leistende gegen den bonorum emptor condictio indebiti hat, so ist der bonorum emptor aus dem verfehlten Leistungsgeschäft sein Schuldner quasi ex contractu[1]) und hat ihm den vollen Betrag des zuviel Empfangenen herauszugeben. Ein gleiches Interesse an der condictio indebiti hat der Schuldner, der hätte kompensieren können, wenn man zunächst auf die Hauptforderung sieht, nicht. Er hat ohnehin seine Forderung zum vollen Betrage behalten.

Nun steht freilich die condictio indebiti dessen, der hätte kompensieren können, noch an einer anderen Stelle in den Digesten, ebenfalls unter dem Namen Ulpians (lib. 2 disp.) D. 12, 6, 30. Hier hat sie Lenel (Pal. Ulp. 167) nicht beanstandet, aber Gradenwitz[2]) hat bereits die Wendung in his casibus, in quibus compensatio locum non habet als sicher interpoliert bezeichnet und m. E. kann an der Interpolation kein Zweifel sein, eben weil nach den Grundsätzen des klassischen Rechts die condictio indebiti sich nicht rechtfertigen ließ. Es war kein Bedarf dafür, weil, wie bemerkt, der Schuldner, der zu kompensieren versäumt hatte, eine Klage aus seiner Forderung bereits hatte. Bürgen und Pfand, die ihm dafür etwa hafteten, hätten sich auf die condictio indebiti nicht übertragen. Nur in dem Falle einer kompensablen naturalis obligatio, also wohl nur, wenn der Schuldner leistete, während er eine der Prozeßverjährung unterlegene Gegenforderung hatte[3]), konnte die

[1]) Gai. 3, 91. [2]) Interpolationen 8, 8 ff.

[3]) Venul. lib. 15 stip. D. 46, 8, 8 § 1.

condictio indebiti ihm etwas bieten, was er der Sache nach nicht schon ohnehin hatte. Es wäre denkbar, ist aber nicht zu erweisen und nicht wahrscheinlich, daß für solche Fälle dem Kompensationsberechtigten die condictio indebiti gegeben worden wäre. Mit dem Fall Papinians in D. 12, 1, 56 (oben S. 348) läßt sich der der Kompensationseinrede nicht entfernt vergleichen. Dort liegt eine Einrede vor, die je nach dem Ausfall ihrer Bedingung peremtorisch oder dilatorisch ist. Die Kompensationseinrede ist rein dilatorisch; peremtorisch könnte sie ja nur dadurch werden, daß die Gegenforderung von jedem möglichen Untergangsgrunde freigestellt, insbesondere unbezahlbar gemacht würde, eine völlig unbrauchbare Vorstellung. In den besonderen Fällen des Zurückbehaltungsrechts, in denen dem Leistenden mit Klage geholfen wird, war Klage auf Rückgabe des Gegebenen mit Sicherheit im klassischen Recht als Vindikation oder hereditatis petitio zu finden, im übrigen zeigen die Quellen sicher nur Klage auf die Leistung des anderen Teils: Zahlung der Verwendungen, Leistung der Sicherheit und aller Wahrscheinlichkeit nach erst als justinianisches Gebilde. Die Klage auf Rückleistung ist unsichere Vermutung, und jedenfalls wurden die fraglichen Klagen nur als Notbehelf wegen Fehlens einer anderen Klage konstruiert.

Unter allen diesen Umständen wird man den Gedanken einer condictio indebiti des Kompensationsberechtigten in bezug auf die Hauptleistung für das klassische Recht völlig fallen lassen müssen. Sie ergab sich im justinianischen Recht als eine Folge der ipso iure eintretenden Kompensation, hat aber auch dort keine große Bedeutung. Immerhin konnte sie nützen, wenn der Schuldner an den Inventarerben des Gläubigers geleistet hatte; hier lag die Sache ähnlich wie bei der Zahlung an den bonorum emptor.

Anders verhielt es sich m. E. bei den Zinsen. Seit Septimius Severus werden Zinsen von einer Schuld, die einer Gegenforderung aufrechenbar gegenübersteht, nicht geschuldet, und zwar ipso iure nicht (non esse praestandas). (Ulp. lib. 63 ad ed. D. 16, 2, 11 [Pal. 1441]; vgl. denselben l. 64 ad ed. D. 16, 2, 12 [Pal. 1441]). Damit übereinstim-

mend Alex. C. J. 4, 31, 4: eiusque solius quod amplius apud alterum est usurae debentur. Alex. C. J. 4, 31, 5: Aequitas compensationis usurarum excludit computationem. Philipp. C. J. 8, 42, 7: Eius quantitatis cuius petitionem ratio compensationis excludit, usuram non posse reposci (= fordern) manifestum est. Mit der Annahme, daß die Kompensation ope exceptionis erfolgt, ist das vereinbar; die Erscheinung ist dieselbe, die bei Paulus (lib. 3 quaest. D. 12, 1, 40 [Pal. 1295]) hervortritt: eine exc. gegen die Hauptforderung kann mora und Zinslauf ipso iure ausschließen. Daß derjenige, der, statt zu kompensieren, seine verzinsliche Schuld bezahlt, während er nur eine unverzinsliche Gegenforderung hat, die gezahlten Zinsen zurückfordern kann, ist somit schon nach klassischem Recht anzunehmen. Es handelt sich im Zinspunkte nicht um dilatorische Einrede, sondern um eine ipso iure nicht vorhandene Forderung. Der Gegner hätte auch nicht durch Befriedigung seiner zinslosen Schuld es dahin bringen können, daß er nunmehr seine Forderung mit Zinsen hätte eintreiben können. Es lag keine Einrede vor, quae evitari poterat.

XV.

Textkritische Studien zum römischen Obligationen- recht.

Von

Herrn Professor Dr. **Franz Haymann**
in Rostock.

III.

Zur Haftung für Tierschaden (actio de pauperie).[1]

Nach klassischem römischen Recht haftet der Eigentümer eines Tieres (nicht bloß, wie ursprünglich, eines Vierfüßlers l. 1 pr. § 3, l. 4 D. h. t. 9, 1) ohne eigenes Verschulden für den Schaden, den das Tier einem andern zugefügt hat, kann sich aber durch Preisgabe des Tieres von jeder weiteren Ersatzhaftung befreien. Ulpian (l. 1 pr. h. t.) und Just. Inst. 4, 9, pr. führen diese Haftung auf die Zwölf Tafeln zurück, deren Wurzeln wir wohl in entsprechenden Bestimmungen des altgriechischen Rechts[2]) zu suchen haben. Die uns in l. 1 § 12 D. h. t. aufbewahrten Formelworte aut noxiam sarcire aut in noxam dedere legten die Klassiker jedenfalls im Sinne einer Ersatzhaftung aus,

---

[1]) Die Frage, ob die Zwölf Tafeln neben der actio de pauperie eine besondere actio de pastu für den Fall gekannt haben, daß der Tierschaden durch unrechtmäßiges Weiden auf fremdem Land eintrat (Paul. sent. I, 15, 1; l. 14 § 3 D. 19, 5), wird sich bei der Dürftigkeit unseres Quellenmaterials wohl niemals mit Sicherheit entscheiden lassen. Ich neige mit der herrschenden Ansicht zur Bejahung, und zwar aus den Gründen, die Lenel in seinem Edikt § 76 meisterhaft knapp entwickelt hat.

[2]) Vgl. Plutarch Solon 24: *ἔγραψε δὲ καὶ βλάβης τετραπόδων νόμον.* Dazu Lipsius, Attisches Recht II 2 S. 660; ferner Zitelmann bei Bücheler und Zitelmann, Bruchstücke eines zweiten Gesetzes von Gorthyn im Rhein. Museum für Philol. N. F., Bd. 41 S. 129f.; Kohler, Ziebarth Gesetz von Gorthyn S. 75; Platon, Gesetze 9, 12, 873E; 11, 14, 936E; Aristoteles resp. Ath. 57; Thalheim, Griech. Rechtsaltertümer S. 50; Hirzel, Themis, Dike und Verwandtes S. 212f.

die durch die facultas noxae dedendae gemildert war (l. 37 § 1 D. 9, 2 Javolen, l. 1 § 16 h. t. Ulpian). Die Klage steht anders wie die aquilische jedem Interessenten zu, so z. B. dem kustodiapflichtigen Nichteigentümer, als den Paulus in der l. 2 pr. h. t.[1]) höchst charakteristisch — ganz ähnlich wie Gajus bei Erörterung der entsprechend geregelten Aktivlegitimation zur actio furti in Inst. 3, 205—206 — nur den Kommodatar und den fullo aufführt, während auch hier vom Mieter und Verkäufer und der sonstigen großen Schar der nach Seckel-Schulz Kustodiapflichtigen gar keine Rede ist. Passiv legitimiert ist jeder, aber auch nur derjenige, welcher zur Zeit der litis contestatio Eigentümer des Tieres ist, auch der Gesamt- und Sondernachfolger nur in dieser Eigenschaft (l. 1 § 12 und 17 h. t.), während die Klage aktiv schlechthin auf den Erben übergeht (l. 1 § 17 h. t.). Durch den Tod des Tieres vor der litis contestatio erlischt der Anspruch entsprechend den Grundsätzen bei den sonstigen Noxalklagen l. 1 § 13 h. t., l. 39 § 4 D. 9, 4).

In den Justinianischen Rechtsbüchern finden wir die eben kurz skizzierte Haftung des Tiereigentümers aber noch an einige weitere einschränkende Voraussetzungen geknüpft, über deren Sinn und Tragweite in der Literatur[2]) vielfach Unklarheit und Meinungsverschiedenheit besteht. Eine textkritische Erörterung der wichtigsten und viel erörterten Quellenaussprüche ist bisher noch nicht versucht worden, dürfte aber am ehesten hier einige Klärung versprechen.

Zweifellos klassisch ist zunächst der Ausschluß der Klage in den Fällen, in denen das Tier nicht seinem eigenen Trieb folgend, sondern unter physischem Zwang geschädigt hat, mag dieser von Menschen oder von Sachen herrühren. Das lehrreichste Beispiel bildet die in allen wesentlichen Stücken unzweifelhaft echte und noch gar nicht genügend

[1]) Dazu meine Arbeit über custodia in dieser Zeitschr. 40 S. 199 fg.

[2]) Vgl. z. B. Zimmern, Noxalklagen (1818), bes. S. 79f.; Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen (1867) S. 221f.; Girard, Les actions noxales in der Nouv. rev. hist. 11, 409—449, 12, 31—58; Kipp, diese Zeitschr. Bd. 10 S. 397f.; Eisele in Jher. Jahrb. 24, 480f.; Isay daselbst 39, 282f.; Litten daselbst 49, 419ff. Dazu die guten Dissertationen von V. Höniger, Die actio de pauperie (Freiburg 1894) und S. Monossohn, Actio de pauperie (Heidelberg 1911).

in allen Feinheiten berücksichtigte Erörterung des Alfenus in l. 52 § 2 D. 9, 2 (libro 2 digestorum):

In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant. Prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant quo facilius mulae ducerent: Inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obtriverat. Dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. Respondi in causa ius esse positum. Nam si muliones qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent, et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint, atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus qui conversum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse. Nam nihilo minus eum damnum dare qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut in aliquem feriret, veluti si quis asellum cum agitasset non retinuisset, aeque si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum iniuria daret. Sed si mulae, quia aliquid reformidassent, et muliones timore perterriti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. Quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur, lapsae concidissent, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent.

Wenn die Maultiere nicht etwa scheuen und in eigenem Antriebe rückwärts gehen[1]), sondern nach dem Gesetz der Schwere auf dem steilen Pfad durch die Last selbst rück-

[1]) Geht die Initiative vom Tier aus, so ist es selbstverständlich nach klassischer Auffassung unerheblich, wenn der Schaden nicht unmittelbar durch den Körper des Tieres, sondern durch dritte Sachen herbeigeführt wird: l. 1 § 9 h. t. Siehe jetzt ebenso zum neuen Recht Reichsgericht Entscheid. Bd. 50 S. 221.

wärts gezogen werden oder gar ausgleiten und so zu Fall kommen, wodurch dann der Wagen, aus ihrer Gewalt gekommen, rückwärts geht, dann erscheint der Schaden nicht durch die vorderen Tiere verursacht und ihr Eigentümer als solcher ist haftfrei. Da aber die Tiere des hinteren Gefährts nicht sua sponte, sondern percussae, d. h. überwältigt durch das auf sie kommende rückwärtsgleitende Gefährt, nach rückwärts wider ihren Willen getrieben werden, so ist eine actio de pauperie gegen ihren Eigentümer aus demselben Grund in jedem Fall ausgeschlossen. Es muß also ganz wie heutzutage zur Begründung eines Anspruchs gegen den Tierhalter aus § 833 BGB.[1]) nach der Auffassung des Klassikers Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und einem selbsttätigen tierischen Verhalten obwalten. Schon des Alfenus Lehrer Servius hat dieses Erfordernis der Klage formuliert, wie Ulpian in l. 1 § 4 h. t. zeigt:

> Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit aut bos cornu petere solitus petierit aut mulae propter nimiam ferociam. Quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit.

Darum wird eine actio de pauperie nicht in Betracht gezogen von Ofilius in l. 9 § 3 D. 9, 2 si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, noch von Proculus in l. 11 § 5 eodem cum eo qui canem irritaverat et effecerat ut aliquem morderet[2]), oder von Ulpian in l. 1 § 6 D. 9, 1 si instigata alterius fera damnum dederit oder § 7 si equus dolore concitatus calce petierit (nämlich durch einen Menschen percussus oder vulneratus).

In gleicher Weise verneinen die Klassiker den Kausalzusammenhang, wenn das unmittelbar schädigende Tier durch ein anderes, selbständigem Trieb folgendes Tier ge-

[1]) Vgl. Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 833 Ziffer 2.

[2]) Ähnlich Edictus Rothari 322.



reizt oder angegriffen worden ist. Hier erscheint nur das Tun des Angreifers als Ursache des Schadens und nur sein Eigentümer ist mit der actio de pauperie haftbar. So unterscheidet schon Quintus Mucius in der l. 1 § 11 h. t., ohne daß, wie die herrschende Lehre will, der Gedanke irgendwelchen „Verschuldens"[1]) des Tieres hineinspielt:

> Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is qui non provocaverat, competeret actio.[2])

Und ganz allgemein Ulpian in l. 1 § 8 h. t.:

---

[1]) Vgl. z. B. Vangerow, Pandekten III § 689 Anm. 1; Pernice a. a. O. S. 222, Labeo II 1 S. 98[4]; Zitelmann im Rhein. Museum für Philol. Bd. 41 S. 129[29]; Mommsen, Röm. Strafrecht S. 835[1]; Hirzel, Themis S. 214[1]; neuerdings Litten a. a. O. S. 451 nach dem Vorgang der Basiliken, Heimbach 5, 259. Vgl. zu § 11 das Scholion: *'Εκεῖνος γὰρ ὁ ἁμαρτήσας ἦν ὁ τῷ ἰδίῳ θράσει τὸ ζῆν συναποβαλλόμενος.* Damit steht die Auffassung Ulpians in striktem Gegensatz. Vgl. vorläufig nur l. 1 § 4 D. 9, 1 und l. 5 § 2 D. 9, 2.

[2]) Vgl. Vangerow a. a. O.: Diese Entscheidung läßt sich doch gewiß nicht anders erklären, als daß die Römer auch bei Tieren eine Art Imputabilität, also etwas dem Delikt eines Menschen Analoges angenommen haben. Ebenso Girard, Nouv. rev. hist. 12 p. 46[2], manuel (5) 397[1]. Aber wir würden heute nach § 833 BGB. nicht anders entscheiden. Vgl. z. B. Reichsgericht in Jur. Wochenschr. 05 S. 691, Ziff. 14 Entsch. 67, 120. Besonders lehrreich Reichsgericht bei Sörgel 1915 Nr. 9: „War bei einer Hunderauferei der Hund des Beklagten der Angreifer, so liegt eine Haftung des Beklagten aus § 833 auch dann vor, wenn der Verletzte beim Auseinanderbringen von seinem eigenen Hunde gebissen wird." Ferner OLG. Dresden in OLG. 36, 44: „Der Halter eines Hundes haftet für den Schaden, der darauf zurückzuführen ist, daß sein Hund ein anderes Tier plötzlich anspringt und anbellt und hierdurch schadenbringende Bewegungen des angegriffenen Tieres hervorruft." Ähnlich Colmar in Sörgel 1916 zu § 833 Nr. 3: „Überrennt ein Hund auf der Flucht vor einem andern einen Menschen, so haftet allein der Eigentümer des Verfolgenden, wenn der Verfolgte durch den Überfall in einen Zustand derartiger Furcht und Bestürzung versetzt ist, daß seine Flucht und das Umrennen sich als eine Zwangsbewegung kennzeichnen." — Wir Modernen stimmen also mit Quintus Mucius noch überein und nehmen doch auch kein Verschulden des Tieres an. Es bedarf also gewiß keiner gelehrten Berufung auf den bos arator bei Festus s. v. Terminus und das römische Sakralrecht, um die Entscheidung des Q. Mucius zu verstehen.



Et si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret, eius quae concitavit nomine agendum erit.

Hingegen hält Alfen in der l. 5 h. t. die friedliche Annäherung des equus an das Maultier[1]) nicht für ausreichend, um die grobe Zurückweisung durch Ausschlagen und Beschädigen des Treibers durch letzteres Tier als bloße Folgewirkung einer Provokation[2]) und nicht als Entfaltung eigener tierischer Energie erscheinen zu lassen.

Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit. Mula calcem reiecit et crus agasoni fregit. Consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset. Respondi posse.

Es entspricht bekanntem klassischen Grundsatz[3]), daß der Schadensersatzanspruch dort entfällt, wo eigenes Verschulden des Geschädigten zum Eintritt des Schadens beigetragen hat. Aus dieser auch für die actio de pauperie zutreffenden Erwägung[4]) erklären sich ungezwungen die Entscheidungen in den viel mißhandelten l. 2 § 1 D. 9, 1 und l. 52 § 3 D. 9, 2.

Zunächst:

Paulus libro vicensimo secundo ad edictum. Si quis aliquem evitans magistratum forte in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine quidam putant: at si solutus fuisset, contra.

Die quidam wollen hier canis nomine die Haftung des Eigentümers[5]) ausschließen, weil der Verletzte sich durch

---

[1]) Ebensowenig wie Ulpian in l. 1 § 7 D. 9, 1 ein Streicheln des Pferdes durch einen Menschen.

[2]) Richtig das Basilikenscholion Heimb. 5 262 Ἀλλὰ τὸ ὀσφρανθῆναι οὐκ ἔστιν ἐρεθίσαι. Aber ganz abwegig das Weitere: κατὰ φύσιν γὰρ ἕπεται τοῖς ζώοις. Darüber später.

[3]) Pernice, Labeo II 1 S. 97f. Vgl. z. B. l. 203 D. 50, 17, l. 9 § 4, l. 11 pr. i. f., l. 28 § 1, l. 52 pr. § 1 D. 9, 2, l. 1 § 6 D. 4, 3 und dazu später S. 384.

[4]) Für das indische Recht vgl. für den Fall, daß das beschädigte Feld nicht eingezäunt war, ähnliche Erwägungen in Gautama 12, 21; Vishnu 5, 148; Narada 11, 40—41 (Kohler, Ztschr. f. vgl. R.-W. Bd. 3 S. 200) und ganz allgemein schon in Platons νόμοι IX, 12: μὴ συναιτίου τοῦ βλαβέντος.

[5]) Es handelt sich keinesfalls in diesem Zusammenhang um die

die Art seines Eindringens den Angriff des Hundes selbst zuzuschreiben habe, während, falls das gefährliche Tier sich frei ergehen konnte, dieses Moment unerheblich erschien.

Ferner:

Alfenus libro secundo digestorum.[1]) Quidam boves vendidit ea lege uti daret experiundos. Postea dedit experiundos. Emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est. Quaerebatur num venditor emptori damnum praestare deberet. Respondi [si emptor boves emptos haberet, non debere praestare. Sed si non haberet emptos, tum] si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere.

Das Eingeklammerte halte ich für kompilatorische Zutat, die aus schulmeisterlichem Drang eine schon nach dem Tatbestand kaum denkbare Eventualität gewichtig einführt, bei der jedes eines Klassikers würdige Problem entfällt, entsprechend den trivialen Distinktionen in der gleichfalls einen Kauf auf Probe behandelnden l. 20 § 1 D. 19, 5, deren Unechtheit ich früher[2]) behandelt habe. Dem ungeschickten si emptos boves emptos haberet in unserer l. 52 citata entspricht dort das utrum emptio iam erat contracta. In unserer Stelle ist formell anstößig das zweifache haberet emptos, der Mangel eines Subjekts zu debere praestare; zu ergänzen ist venditorem, während emptor vorausgeht, auch im folgenden findet sich konstanter Subjektwechsel. Aus dem unverdächtigen Rest der Stelle ergibt sich aber der klassische Gedanke, daß während der Probezeit der Verkäufer-Eigentümer für sein Tier nur haftet, wenn nicht der Knecht des Käufers sich durch eigenes Verschulden die Verletzung zuzuschreiben hat. Das vitio bovis ist ganz farblos im Sinne von Entstehungsursache des Schadens[3]), nicht etwa von „Schuld", im strengen Sinn zu verstehen, wie es die herrschende Lehre nimmt.[4])

aquilische Klage, wie seit dem Vorgang der Basiliken (Heimbach 5, 261 *οὐδὲ γὰρ ἥμαρτεν ἔσω ἐν τῷ ἐργαστερίῳ αὐτοῦ δεδομένον ἔχων τὸν κύνα*) viele annahmen, z. B. Höniger a. a. O. S. 25f., dem Litten S. 450[1] folgt. Anders aber Eisele a. a. O. S. 494.

[1]) l. 52 § 3 D. 9, 2. [2]) Vgl. diese Zeitschrift Bd. 41 S. 127f.

[3]) Seckel-Heumann s. h. v. unter C.

[4]) Charakteristisch Isay in Jh. Jahrb. 39, 283[2]; Litten 49, 451.

Auf dem eigenen Verschulden des Geschädigten beruht schließlich auch der Ausschluß der Haftung in den Paulussentenzen 1, 15, 3:

> Ei qui inritatu suo feram bestiam vel quamcunque aliam quadrupedem in se proritarevit eaque damnum dederit, neque in eius dominum neque in custodem actio datur.[1])

Die berühmteste, um nicht zu sagen die berüchtigtste Einschränkung der Haftung mit actio de pauperie formulieren die Justinianischen Rechtsbücher dahin, es müsse das Tier contra naturam mota den Schaden angerichtet haben. Die meisten Schriftsteller führen dieses Erfordernis nicht auf einen Ausspruch der Zwölf Tafeln, sondern der frühen Jurisprudenz zurück.[2]) Aber ohne Anhalt im Gesetz, dessen primitive Gedankenwelt die Annahme eines solchen erklügelten, irrationellen und aller sonstigen antiken Gesetzgebung, soweit wir wissen, fremden Erfordernisses freilich kaum gestattet, erscheint diese Einschränkung als Produkt der Auslegung der Juristen nicht minder rätselhaft. Der Versuch Eiseles, nachzuweisen, daß dieses Moment im klassischen Recht gar keine allgemeine Voraussetzung der Klage enthalten habe, sondern dazu bestimmt gewesen sei, für die Fälle, in denen das Tier unter Zutun eines Menschen schädigte, die Haftung mit actio de pauperie von der weitergehenden Haftung ex lege Aquilia abzugrenzen[3]), scheitert an der allgemeinen Ausdrucksweise der Quellen. So zunächst l. 1 § 7 D. h. t. (Ulpianus libro octavo decimo ad edictum).

> Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit.

Ferner § 10 daselbst:

> In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet.

---

[1]) Hierauf beruht Lex Visig. Reccesswind. 8, 4, 18 (Antiqua). Dazu Zeumer in s. Ausgabe der leg. Vis. antiquiores (1894) p. 249 Note 1.

[2]) Vgl. z. B. Girard, Nouv. rev. hist. 11 p. 411—412; 12 p. 46 zu Note 2.

[3]) A. a. O. S. 483f. Ihm tritt allerjüngstens Monossohn a. a. O. S. 41 bei.



Schließlich Just. Inst. IV, 9 pr.:

Haec autem actio in his quae contra naturam moventur, locum habet. Ceterum si genitalis sit feritas, cessat.

Da schon Servius nach dem unverdächtigen Beginn der l. 1 § 4 h. t. die Klage gerade dann gibt, wenn equus calcitrosus calce percusserit oder bos cornu petere solitus petierit, so konnte unter contra naturam natürlich nicht ein Widerspruch zu der Charakteranlage des schädigenden Tierindividuums, sondern nur zur Natur der in Frage kommenden Tiergattung verstanden werden, der jenes Individuum zugehörte. Und so verstand man schon seit der Glosse[1]) die Quellen dahin, daß das Tier contra naturam sui generis geschädigt haben müsse. Dem, der mit quellenkritisch und praktisch geschultem Sinn die einschlägigen Stellen liest, muß es seltsam, um nicht zu sagen beschämend erscheinen, dank welcher absonderlichen Verrenkungen und Verdrehungen sich diese Auslegung die vielen Jahrhunderte hindurch bis auf den heutigen Tag erhalten konnte, angesichts der in den Rechtsbüchern überlieferten klassischen Kasuistik, die doch eine so unzweideutige Sprache redete.[2]) Ist es contra naturam sui generis, wenn ein Pferd ausschlägt (l. 1 § 4, § 7 i. f. D. h. t., Just. Inst. 4, 9 pr.) oder ein Ochse stößt (l. 1 § 4 h. t., l. 52 § 3 D. 9, 2, Inst. 4, 9 pr.) oder ein Hund beißt (l. 1 § 5, l. 2 § 1 D. h. t.) oder ein Zugochse mit dem Wagen jemanden überfährt (l. 1 § 9 h. t.) oder wenn ein Widder oder Stier einen andern angreift und tödlich verletzt (l. 1 § 11 h. t.) oder wenn ein Maultier ausschlägt (l. 5 D. h. t.) oder scheut (l. 52 § 2 D. 9, 2)? In allen diesen Fällen tragen die Klassiker kein Bedenken, die Haftung des Tiereigentümers für den auf solche Weise angerichteten Schaden zu bejahen.

Darum hat ein Teil der Ausleger seit den Basiliken das contra naturam als einen Verstoß nicht sowohl gegen die natürliche Eigenart der betreffenden Tiergattung, als

---

[1]) Zur Dogmengeschichte vgl. Eisele a. a. O. S. 480ff. und besonders Litten a. a. O. S. 422f. und diese Zeitschrift 26, 494.

[2]) Vgl. zum Folgenden schon meine auf die Unechtheit des Quellenmaterials kurz hinweisenden Anmerkungen in meinem Aufsatz über custodia diese Zeitschrift 40 S. 199ff. Note 3.

vielmehr gegen die auch für das schädigende Tier geltende natürliche Vorschrift gedeutet und als Grundlage der actio de pauperie ein Verschulden oder geradezu ein delictum[1]) oder gar eine besondere Boshaftigkeit dieses behauptet und daraus die Verwandtschaft mit den übrigen Noxalklagen, die passive Unvererblichkeit und den Ausschluß der Haftung für Schädigungen durch wilde[2]) oder gereizte oder angegriffene oder unter menschlicher Leitung stehende oder unter physischem Zwang handelnde Tiere abgeleitet.[3])

---

[1]) Führend Mommsen, Röm. Strafrecht S. 66 und S. 834—835.

[2]) Vgl. z. B. Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie (01) S. 147, dem Rabel, Grundzüge S. 481 folgt: „Wenn ein Vierfüßler, welcher einer zahmen Gattung angehörte, der gewöhnlichen Natur solcher Tiere zuwider erregt oder wild geworden war.“ Und in der Note: „Nicht das Stoßen des Ochsen als solches widerspricht seiner Natur, sondern daß er in einen Zustand der Erregung gerät, in welchem er stößt.“ Aber glaubt man wirklich, daß die Zwölf Tafeln oder ihre Ausleger in einer so wenig rationellen Art die Haftung des Tiereigentümers von den notwendig unsicheren Ergebnissen eines solchen Versenkens in die Seele des schädigenden Tieres hätten abhängig machen wollen? Freilich meint selbst unser Reichsgericht (Entsch. 48, 261), es handele sich immer um die „psychischen Motive“ des betreffenden Tieres. Aber was wissen wir oder wußten wohl die römischen Klassiker von der besonderen Erregung des Pferdes in l. 1 § 7 i. f. cit. oder der des Maultieres der l. 5 h. t.? Daß es auf ein Erregt- oder Wildwerden des Tieres nicht ankommt, zeigt z. B. die Betonung der von vornherein gegebenen nimia ferocia der mulae in l. 1 § 4, der asperitas des canis in § 5 oder des canis ferox in l. 2 § 1 h. t. Bei Hammurapi (vgl. Kohler-Peiser, Hammurapis Gesetz 1904) § 250 wäre gerade der Eigentümer eines wild gewordenen Ochsen haftfrei, aber wie mir mein verehrter Kollege Pöbel in Rostock bestätigt, ist statt wild geworden zu übersetzen auf der Straße. So auch Ungnad daselbst II S. 250 und Winkler ad h. leg. Eine Parallele im indischen Recht: vgl. Gautama 12, 21, Manu 12, 240, Yajnavalkya 2, 162, nach denen für Beschädigung von Land ohne Einzäunung oder nahe der Straße der Tiereigentümer nicht haften soll. Der Peiserschen Übersetzung von Cod. Ham. 250 entspräche der im indischen Recht sicher bezeugte Gedanke, daß für Kühe zehn Tage nach dem Kalben oder brünstige oder verirrte oder störrige Kühe nicht gehaftet wird. Vgl. Colebrooke, Digest of Hindu law vol. 2 (1865) S. 104, III, 4, 56. Manu 8, 242 mit der Bemerkung von Bühler in der Note; Narada 11, 32, Vishnu 5, 150, Yajnavalkya 2, 163.

[3]) Vgl. z. B. Zimmern, Noxalklagen 82f.; Pernice, Sachbeschädigung 221ff.; Isay a. a. O. 283f.; Dernburg, Pandekten (6) § 133[7]);

So erklären z. B. die Basilikenscholiasten den Ausschluß der Haftung in den Fällen der l. 1 § 4 i. f. D. h. t. damit, daß *οὐ γὰρ τὸ ζῶον ἥμαρτεν ἵνα ἐκδοθῇ*[1]) und im Fall der l. 1 § 11 h. t. beim Tod des angreifenden Tieres, weil *ἐκεῖνος γὰρ ὁ ἁμαρτήσας ἦν ὁ τῷ ἰδίῳ δράσει τὸ ζῆν συναποβαλλόμενος.*[2])

Dieser Gedanke der Schuld oder Zurechnungsfähigkeit des Tieres findet sich bekanntlich auch sonst in antiken Rechten, nicht bloß im germanischen Recht[3]), sondern auch im griechisch-orientalischen Rechtskreis, zwar nicht in Hammurapis Gesetz[4]), wohl aber bei den Persern[5]), auch in den Gesetzen Platos.[6])[7])

Litten a. a. O. S. 451. Besonders charakteristisch unser RG. Bd. 48 S. 260f. im Urteil vom 4. März 1901, wo die Klage gegen den Eigentümer von Pferden, die, durch das Geräusch herabstürzender Kohlen erschreckt, durchgehen und einen Menschen töten, abgewiesen wird, weil die actio de pauperie, wenn auch vielleicht nach den Darlegungen Eiseles nicht schlechthin ein Verhalten contra naturam sui generis, so doch jedenfalls ein Quasiverschulden, ein vitium der Pferde voraussetze, das hier zu verneinen sei.

[1]) Heimbach 5, 257. [2]) Ebenda S. 259.

[3]) Darüber vgl. z. B. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II 531; v. Amira, Tierstrafen und Tierprozesse (1891) in Mitteilungen des Instituts für österreich. Geschichtsforschung Bd. 12 S. 529f.; Isay in Jher. Jahrbüchern 39, 214f.; Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer II 664E, 670*; Planitz, Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht S. 349f. Haftungsfreiheit für ein toll gewordenes Tier bestimmt Edictus Rothari 324—326: Si canis aut caballus aut quislibet peculius rabiosus factus fuerit ne requiratur a domino. In den nordischen Rechten ist die Ersatzpflicht abgestuft nach der Höhe der Schuld des Tieres: v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 400; Zitelmann a. a. O. S. 130 Note.

[4]) Vgl. S. 366 Note 2.

[5]) v. Amira, Tierstrafen S. 575; Hirzel, Themis S. 213f.

[6]) Vgl. IX, 12: *Ἐὰν δ' ἄρα ὑποζύγιον ἢ ζῶον ἄλλοτι φονεύσῃ τινά, πλὴν τῶν ὅσα ἐν ἀγῶνι τῶν δημοσίᾳ τεθεμένων ἀθλεύοντά τι τοιοῦτον δράσῃ ἐπεξίτωσαν μὲν οἱ προσήκοντες τὸν φόνον τῷ κτείναντι, διαδικαζόντων δὲ τῶν ἀγρονόμων οἷσιν καὶ ὁπόσοις προστάξῃ ὁ προσήκων, τὸ δὲ ὄφλον ἔξω τῶν ὅρων τῆς χώρας ἀποκτείναντας διορίσαι.* Kommt sonst eine Schädigung durch einen Sklaven oder Sklavin oder durch ein *ὑποζύγιον ἢ ἵππος ἢ κύων ἤ τε τῶν ἄλλων θρεμμάτων*, und zwar *μὴ ξυναιτίου τοῦ βλαβέντος αὐτοῦ γενομένου κατ' ἀπειρίαν ἤ τιν' ἑτέραν χρείαν μὴ σώφρονα ὁ τοῦ βλάψαντος δεσπότης ἢ τὴν βλάβην ἐξιάσθω μὴ ἐνδεῶς ἢ τὸν βλάψαντ'*

Es fragt sich aber, ob sich aus der Überlieferung unserer Quellen ein genügender Anhalt dafür ergibt, daß auch die Römer diese Rechtsauffassung geteilt haben. Für die älteste Zeit[1]) beruft man sich gern[2]) auf die bei Festus sub verbo Termino[3]) überlieferte Stelle:

> Termino sacra faciebant, quod in eius tutela fines agrorum esse putabant. Denique Numa Pompilius statuit eum qui terminum exarasset et ipsum et boves sacros esse.

Aber das Sakralrecht will hier nicht sowohl eine Schuld des Ochsen, als den Zorn des Juppiter durch Opferung des Tieres sühnen, ähnlich wie die in der Note 7 wiedergegebene Bestimmung des mosaischen Rechtes.[4])

Gewiß ist vielfach in den griechischen Philosophenschulen der Stoa und der Peripatetiker die Vernunftlosig-

---

αὐτὸν παραδότω. Vgl. 11, 14, 936 D und E. Besonders charakteristisch ist die auch bei den Germanen (Grimm 670) sich findende Gleichstellung von Sklave und Haustier; ebenso Aristoteles, Nikomach. Ethik 8, 11 i. f.; Laches XXV spricht Platon den Tieren ebenso wie den meisten Menschen nur die auf Einsicht des *δεινόν* beruhende Tapferkeit ab.

[7]) Hingegen handelt es sich im mosaischen Recht Exodus 21, 28—32 wohl nur um Kult- und Sühnevorschriften, die eine Schuld des Tieres nicht voraussetzen. Wenn ein Ochse einen Mann oder Frau stößt und der Tod darauf erfolgt, so soll der Ochse gesteinigt und das Fleisch davon nicht gegessen werden. Der aber, dem der Ochse gehört, kann darüber nicht belangt werden. Wäre aber der Ochse schon vorher stößig gewesen und dies dem Eigentümer angezeigt worden und er hat ihn nicht in acht genommen, so soll, wenn er Mann oder Frau totschlägt, der Ochse gesteinigt werden und der Eigentümer wieder sterben. Dazu v. Amira, Tierstrafen S. 574 und die merkwürdige Parallele in Codex Ham. 251.

[1]) Das exaequare der servi und der quadrupedes quae pecudum numero sunt et gregatim habentur im achten Kapitel der lex Aquilia (Gajus in l. 2 § 2 D. 9, 2) hat selbstverständlich nur rein wirtschaftliche Bedeutung, nicht viel anders als der Sklaven, Tiere und leblose Dinge umfassende Katalog der res mancipi (Gajus 2, 14—16).

[2]) Vgl. z. B. Zitelmann-Bücheler, Rhein. Museum Bd. 41 S. 130[32]; Mommsen, Strafrecht S. 66[1].

[3]) Siehe auch Dion. Hal. 2, 74 und dazu Wissowa, Religion und Kultus der Römer (2) S. 138 zu Note 3.

[4]) Ähnlich der Sühnetod von Ochs oder Schwein, das vom Opferfleisch gekostet hat, bei Plutarch, De soll. an. 2, 959 E. Vgl. Hirzel, Themis S. 213[3]; v. Amira a. a. O. S. 578—579 und die Belegstellen über die *Ἀψύχων δίκαι* bei Thalheim S. 50[1].

keit der Tiere[1]) betont worden. Aber lehrreich für die so viel menschlichere Gesinnung, die die Griechen[2]) den Tieren gegenüber als die Römer[3]) hegen, ist das 5. Kapitel

---

[1]) Plutarch, De soll. an. 6, 963 F f.; Hirzel a. a. O. S. 214².

[2]) Charakteristisch hierfür ist auch die unparteiische Vergleichung der Menschen- und Tierseele bei Porphyrius de abstinentia (ed. Nauck) III, 12 f.

[3]) Wenn Varro, Rer. rust. II, 5, 3 den Stier socius hominum in opere rustico nennt, so referiert er nur die griechische Herkulessage und die ihr zugrunde liegende Auffassung.

Man könnte sich zum Beweis der humanen Gesinnung der römischen Juristen den Tieren gegenüber auf die l. 39 § 1 D. 9, 2 berufen wollen:

Pomponius libro septimo decimo ad Quintum Mucium.
Quintus Mucius scribit: Equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat, eiecit: Quaerebatur dominus eius possetne cum eo qui coegisset, lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse. Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, (Florentina: deprehendissent), quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet, quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum ut suum recipiat.

Aber während das principium nach Form und Inhalt eine klassisch anmutende Anwendung des aquilischen Rechts auf einen scharf gemeißelten Tatbestand enthält, sind die im § 1 dem Pomponius zugeschriebenen Zusätze für diesen Klassiker kaum denkbar. So mannigfach sind die Anstände nach Form und Inhalt: z. B. das unlogische quamvis anstatt si, zu quomodo fehlt der Nachsatz, das deprehendissent der Florentina, quid damnum, id und dann illud vom pecus. Sachlich scheint es mir undenkbar, daß Pomponius statt des objektiven Maßstabs des Q. Mucius für die Frage der Mißhandlung der zu Unrecht grasenden fremden Tiere nach aquilischem Recht (si percussisset aut vehementius egisset) eine Pflicht zu konkreter Sorgfalt in dem Wegjagen des fremden Viehes eingeführt haben sollte, die zwar offenbar im Interesse der Tiere gut gemeint war, unter Umständen aber, wie ein Klassiker nie verkannt hätte, auch sehr wohl bei an sich auch ihr eigenes Vieh roh und grausam behandelnden Eigentümern gerade die entgegengesetzte Wirkung auslösen, die Haftung mit actio legis Aquiliae nicht, wie beabsichtigt, erweitern, sondern wider alle Übung und Billigkeit einengen mußte. Die Begründung für diese Art des Wegjagenmüssens damit, daß der Grundeigentümer „proprias actiones habet" (welche denn?? Etwa eine besondere actio de pastu neben der actio de pauperie? Vgl. Lenel,

von Plutarchs Lebensbeschreibung des Cato major. Der fein empfindende Grieche Plutarch kann es nicht begreifen, daß der nüchterne praktische Römer Haustiere, die in treuestem Dienst alt und schwach geworden sind, an Fremde verkauft und verstößt, um noch den Rest ihrer Arbeitskraft zu Geld zu machen, anstatt ihnen pietätvoll das Gnadenbrot zu geben, oder gar sein Schlachtroß in Spanien im Stich läßt, um die Fracht zu sparen.

Νόμῳ μὲν γὰρ καὶ τῷ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν, πρὸς εὐεργεσίας δὲ καὶ χάριτος ἔστιν ὅτε καὶ μέχρι τῶν ἀλόγων ζώων ὥσπερ ἐκ πληγῆς πλουσίας ἀπορρεῖ τῆς ἡμερότητος . . . Οὐ γὰρ ὡς ὑποδήμασι ἢ σκεύεσι τοῖς ψυχὴν ἔχουσι χρηστέον, κοπέντα καὶ κατατριβέντα ταῖς ὑπερησίαις ἀπορριπτόντας . . .

Edictum § 76), wenn er Schaden ex ea re erleidet (woraus denn? Aus dem Abweiden oder dem sorgsamen Wegjagen?), ist doch geradezu naiv. Im folgenden wird mit itaque (!) mit einer gewiß nicht klassischen Logik aus der Pflicht zu relativ sorgsamem Wegjagen die Unrechtmäßigkeit des Einsperrens abgeleitet, wovon weder vorher noch später die Rede ist. Der Schluß von nec an verliert sich in leere und ungeschickte Wiederholungen: Er soll agere „illud“ „quasi suum“, „ut supra diximus“. Schließlich wird mit „sed“ ein abigere, das nach dem vocabularium nur dieses eine Mal in den Rechtsbüchern (wohl aber sonst) ohne unredliche Nebenbedeutung vorkommt, gefordert „sine damno“, hier scheinbar mit Bezug auf den Tier-, nicht wie kurz zuvor auf den Grundeigentümer oder ein Benachrichtigen des Eigentümers des betroffenen Viehes, was uns von dem scharf umrissenen Tatbestand des Quintus Mucius und allem Früheren noch mehr entfernt. Danach dürfen wir mit Bestimmtheit annehmen, daß die menschenfreundlichen Gefühle, die der § 1 gegenüber dem auf fremdem Boden zu Unrecht weidenden Vieh bekundet, nicht von dem Klassiker Pomponius, sondern von einem griechisch empfindenden, juristisch und praktisch wenig geschulten Byzantiner stammen. — Nach Niederschrift bemerke ich, daß schon Riccobono, Comunione e comproprietà p. 75 Note 3 die Unechtheit der nach seiner Angabe bereits von Di Marzo ad Quintum Mucium p. 89 verdächtigten Stelle behauptet hat. Er sieht in ihr einen Niederschlag der christlichen Nächstenliebe und des Satzes quod tibi non vis alteri ne feceris. — M. E. ist hier weniger die Liebe zum Nächsten als die zum Tier treibend gewesen. Im übrigen nennt R. (nicht sehr überzeugend) als Interpolationsanzeichen ohne jede Ausführung: Quamvis . . . deprehendit, in agro, proprias actiones, quasi, ut suum recipiat und fügt dem noch zutreffend an: „e poi la ripetizione del concesso fondamentale e sovratutto lo spirito.“

Über das Verhältnis zwischen Mensch und Tier denkt selbst der fein gebildete Cicero noch nicht viel anders als der nüchterne Cato. Er betont in den Offizien (1, 16), daß das gesamte Menschengeschlecht durch Vernunft und Sprache eine große Gemeinschaft bilde, von der aber die Tiere ausgeschlossen seien:

Neque ulla re longius absumus a natura ferarum, in quibus inesse fortitudinem saepe dicimus, ut in equis in leonibus: Iustitiam aequitatem bonitatem non dicimus. Sunt enim rationis et orationis expertes.

Daß noch der Klassiker Ulpian, obwohl er in seinen Institutionen von einem ius naturale zu reden weiß, quod natura omnia animalia docuit, das übrigens mehr Gesetze des Trieblebens als Normen des Sollens zu entfalten scheint (D. 1, 1, 1, 3), hinsichtlich der Vernunftlosigkeit der Tiere denselben Standpunkt einnimmt, zeigt sein Kommentar zur actio de pauperie in l. 1 § 3 D. 9, 1:

Ait praetor[1]: „Pauperiem fecisse." Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum. Nec enim potest animal iniuria fecisse quod sensu caret.[2])

Das für unsere Klage technische Wort pauperies[3]) bedeutet ihm gerade den objektiven Schaden, dem ein schuldhaftes Unrecht nicht zugrunde liegt. Denn das Tier ist ohne Einsicht und kann darum kein Unrecht tun.

Nicht minder charakteristisch ist, daß derselbe Ulpian in l. 5 § 2 D. 9, 2 bei Besprechung des aquilischen Verschuldens als Fälle rein objektiver Schädigung, die eine actio legis Aquiliae nicht begründen können, nebeneinanderreiht die Tat eines Wahnsinnigen, die Schädigung durch ein Tier oder einen herabfallenden Dachziegel.

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit an legis Aquiliae actio sit. Et Pegasus negavit. Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissi-

---

[1]) Interpoliert nach Lenel, Edikt S. 190[2].

[2]) Dem entspricht das animalium nomine, quae ratione carent zu Beginn von Just. Inst. h. t.

[3]) Über die Etymologie vgl. Mommsen, Strafrecht S. 834[4], auch Lenel, Edictum § 75[2].

mum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit.

Nach alledem ist es doch wohl unmöglich, daß derselbe Klassiker im principium und § 1 der l. 1 citata das gerade Gegenteil des fast unmittelbar Folgenden, nämlich die Deliktsnatur der Tierhandlung betont habe.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit. Quae lex voluit aut dari id quod nocuit, [id est animal quod noxiam commisit], aut aestimationem noxiae offerre. Noxia autem est ipsum delictum.

Das Eingeklammerte dürfte spätere Zutat sein. Denn es erscheint wenig glaubhaft, daß Ulpian die kaum erklärungsbedürftigen Worte id quod nocuit durch das von ihm selbst für erläuterungsbedürftig gehaltene und nachher erläuterte quod noxiam commisit erklärt habe. Alles liest sich glatt und die Disjunktion zwischen noxae Hingabe und Schadensersatz tritt plastisch hervor, wenn man die beanstandeten Worte wegläßt. Wie dem aber auch sei, jedenfalls hat Ulpian im folgenden jeden Versuch, seine Erklärung des alten Gesetzesworts noxia = ipsum delictum, die sich ja auch bei ein Delikt des Sklaven oder Hauskinds voraussetzenden Noxalklagen findet[1]), bei der Noxalklage gegen den dominus quadrupedis im gleichen Sinn zu verstehen durch die völlig unzweideutige Ablehnung eines tierischen Verschuldens im § 3 deutlich genug abgelehnt. Dafür, daß unsere Klage eine von diesen übrigen Noxalklagen getrennte Entwicklung genommen hat, spricht auch der Umstand, daß sie von den Klassikern bei Erörterung der sonstigen Noxalklagen gar nicht erwähnt wird.[2]) Wir haben keinen genügenden Anhalt, daß die nüchtern praktische Rechtsauffassung der Römer der Zwölf Tafeln

[1]) Vgl. l. 238 § 3 D. 50, 16 (Gajus libro 6 ad legem duodecim tabularum) Just. Inst. 4, 8, 1.

[2]) Vgl. Gajus 4, 75—79 und in l. 1 D. 9, 4. Überhaupt ist in diesem Titel de noxalibus actionibus ebenso wie in dem entsprechenden in Just. Inst. 4, 8 von unserer Klage gegen den Tiereigentümer nirgends die Rede. Darauf hat schon Monossohn a. a. O. S. 36 hingewiesen.



bei der Tierhaftung von einem Verschulden des Tieres oder überhaupt von dem im griechisch-orientalischen Rechtskreis wie im germanischen Rechte sich findenden Anthropomorphismus seinen Ausgang genommen habe[1]) und von da aus zu dem von Ulpian so energisch betonten rein objektiven Standpunkt vorgeschritten sei. Daß die von der Verschuldenstheorie herangezogenen Digestenstellen, die wir sämtlich oben bereits erörtert haben, gar nichts zugunsten dieser Anschauung beweisen, sondern sich ohne jede Künstelei aus dem Gesichtspunkt des erforderten Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und einer selbständigen Triebhandlung des Tieres erklären, haben wir bereits früher gesehen. Dies gilt auch, wie wir wissen, für das cum commota feritate nocuit quadrupes des Servius in l. 1 § 4 D. h. t., wie schon Eisele[2]) und Litten[3]) bemerkt haben, und das im Gajus von Autun 4, 81 fast wörtlich wiederkehrende si lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint von Just. Inst. 4, 9 pr.

Hingegen erscheint der in der Kompilation bestimmte Ausschluß der Haftung für den durch wilde Tiere angerichteten Schaden in der Tat nur von dem Gesichtspunkt eines tierischen Verhaltens contra naturam verständlich. Die eine Auslegung erklärt die in l. 1 § 10 D. h. t. und Inst. 4, 9 pr. gegebene Entscheidung damit, daß es Bärenart sei, Schaden anzurichten, die andere, daß man an einen Bären als ein wildes Tier nicht den Maßstab wie an ein Haustier anlegen und darum auch nicht von einem Unrecht oder Verschulden sprechen dürfe. Es fragt sich aber, um über die Bedeutung des contra naturam-Erfordernisses ins klare zu kommen, ob diese Stellen in allen Teilen klassische Gedanken enthalten. Zunächst die l. 1 § 10 citata:

Ulpianus libro 18 ad edictum.

In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet. Et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri quia desinit do-

---

[1]) So z. B. Dernburg, Jörs, Litten, Mommsen, Rabel, Zitelmann. Zutreffend m. E. Monossohn S. 37.

[2]) A. a. O. S. 490, 491.

[3]) A. a. O. S. 447.

minus esse, ubi fera evasit. Et ideo si eum occidi, meum corpus est.

Im ersten Satz wird klipp und klar gesagt, daß die Klage bei wilden Tieren wegen ihrer natürlichen Wildheit nicht statthabe. Daß damit das Folgende nicht im Einklang steht, das die Klage nur deshalb verneint, weil der Bär nach der Flucht Schaden angerichtet habe und damals schon herrenlos gewesen sei, ist längst bemerkt[1]), aber nie befriedigend erklärt worden. Die Pandektenharmonistik stand hier vor einer unlöslichen Aufgabe, die nur die Quellenkritik lösen kann. Einer der beiden Teile des Fragments kann nicht von dem Klassiker herrühren. Nun läßt sich m. E. die Unechtheit der an die Spitze gestellten allgemeinen These sicher beweisen. Wäre die Klage nur bei Haustieren statthaft, so hätte unmöglich Ulpian bei Beginn seiner Erörterung in l. 1 pr. D. h. t. einfach den Tatbestand der Zwölf-Tafel-Klage mit si quadrupes pauperiem fecisse dicatur wiedergeben und — anders als bei der Erörterung der unter die res mancipi fallenden Tiere in seinen regulae 19, 1 — im § 2 der l. 1 cit. den Umfang der Zwölf-Tafel-Klage dahin umschreiben können: Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet. Man vergleiche mit diesem vorbehaltlosen Ausspruch etwa die Distinktionen des Gajus in seinen Institutionen 2, 14—16 hinsichtlich der res mancipi und besonders 3, 210 und 217 und besonders in l. 2 § 2 D. 9, 2 (libro 7 ad edictum provinciale) hinsichtlich der quadrupedes quae pecudum numero sunt und non sunt als Objekte des aquilischen Schutzes.

Ebenso vorbehaltlos reden die Paulussentenzen 1, 15, 1:

Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat.

Das ist um so beachtlicher, als nachher im § 3 ausdrücklich unterschieden wird feram bestiam vel quam-

---

[1]) Vgl. z. B. Girard, Nouv. rev. hist. 11, 412 [1], der annimmt, daß ursprünglich die Klage sich auch auf wilde Tiere bezogen, solange die Jurisprudenz das Erfordernis des contra naturam noch nicht aufgestellt habe.



cumque aliam quadrupedem. Sachlich könnte man dem hier aus dem eigenen Verschulden des Geschädigten[1]) abzuleitenden argumentum e contrario zugunsten einer prinzipiellen Haftung für jede fera bestia entgegenhalten, daß die Haftung für diese im Gegensatz zu den sonstigen quadrupedes sich nur auf das vorher erläuterte Amtsrecht bezöge. Aber es fällt doch auf, daß es auch in dem nicht zu beanstandenden § 6 der l. 1 citata von Ulpian heißt:

Sed et si instigata alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio.

Andererseits redet Ulpian in den folgenden §§ 8 und 9 stets ohne Einschränkung von quadrupes schlechthin und Paulus sagt in der l. 4 h. t.:

Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit

ohne für naturalis feritas eine Ausnahme zuzulassen.

Entscheidend dürfte aber gegen die Klassizität dieser Einschränkung die Erörterung in Just. Inst. 4, 9, 1 sein, deren Inhalt durch die l. 40 § 1—l. 42 D. 21, 1 erläutert und gestützt wird und zweifellos auf klassischer Vorlage beruht:

Ceterum secendum est aedilicio edicio prohiberi nos canem verrem aprum ursum leonem ibi habere, qua vulgo iter fit. Et si adversus ea factum erit, et nocitum homini libero esse dicitur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit...

Die Ausflucht der Pandektenharmonistik[2]), daß damit nur an eine Konkurrenz zwischen Ädilenedikt und ziviler Haftung des Tiereigentümers für den Fall einer Schädigung durch einen Hund gedacht gewesen sei, bedarf bei der vorbehaltlosen Fassung der Stelle doch wohl kaum einer Widerlegung.

Danach darf die Behauptung gewagt werden, daß die Zwölf-Tafel-Klage, mochte sie auch ursprünglich nur bei

---

[1]) Dazu vgl. man Lex Visig. Reccessvind. VIII, 18.

[2]) Thibaut, Versuche II S. 214; Höniger a. a. O. S. 22.

Schädigungen durch Haustiere praktisch wichtig gewesen sein, im späteren Recht jedenfalls auch bei Schädigungen durch andere Vierfüßler gewährt worden ist, wie dies ja auch der ratio des Ädilenedikts entsprach, welches letztere ja aber an sich nur das Verweilen solcher im späteren Rom vielfach gehaltenen wilden Tiere[1]) auf einem öffentlichen Weg und dadurch angerichteten Schaden betraf.

Die im ersten Satz der l. 1 § 10 citata enthaltene Einschränkung der Klage auf Haustiere dürfte danach den Kompilatoren[2]) zur Last fallen, zumal da das prägnant formulierte Schlußbeispiel, das auch in Just. Inst. 4, 9 pr. wiederkehrt, schwerlich von ihnen ersonnen ist[3]), aber gerade in seiner Eigenart vom Standpunkt des klassischen Sachenrechts[4]) nur dann eine Pointe bietet, wenn an sich

---

[1]) Ein anschauliches Bild von der Bedeutung der Tierhetzen im kaiserlichen Rom bei Friedländer, Röm. Sittengeschichte Bd 2 (9) S.77 f.

[2]) Auch hier vielleicht unter dem Einfluß griechischer Gedanken. Danach bestimmt eine alle Lebewesen umspannende Ordnung auch jedem Tier seine besondere Lebensweise und Pflicht. Vgl. Hirzel a. a. O. S. 220, aber andererseits betont Hirzel (215[1])) zu Recht, daß nach griechischer Auffassung die wilden Tiere rechtlos und vogelfrei waren, also doch wohl anders wie die Haustiere keine Pflichten hatten, und beruft sich auf Homer, Ilias 22, 262, auch auf Demokrit fr. 158 und 159 Natorp (vgl. Diels, Vorsokratiker II 257—259), nach dem gegen schädliche Tiere jede Gegenwehr wie gegen Feinde geboten ist. Vgl. auch Plutarch de soll. an. 964 F. Andererseits besteht nach griechischer wie nach germanischer Auffassung zwischen Mensch und Haustieren eine besondere Gemeinschaft. Hirzel a. a. O. S. 216. Auch die uns erhaltenen Fragmente des zweiten Gesetzes von Gorthyn scheinen nur von Haustieren zu reden. Auch die germanischen Quellen handeln vorzugsweise von Haustieren als Schadenstiftern, gemäß der friesischen Formel: „Pferdes Fuß, Rindes Horn, Schweines Zahn, Hundes Biß" (Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer II 664 E). Vgl. schon Edictus Rothari 326. So wie Platons *νόμοι* nur (oben S. 367 Note 6) Haustiere nennen und sie den Sklaven gleichstellen, für deren Handlungen der Herr aufzukommen habe, ebenso werden bei den Deutschen die Haustiere als wesentlicher Bestandteil des Haushalts betrachtet (Grimm a. a. O. II 588, 2). Hingegen betont der römische Klassiker Ulpian, daß sein ius naturale für omnia animalia quae in terra quae in mari nascuntur, auch für ferae gelte (D. 1, 1, 1, 3 i. f.).

[3]) Trotz formaler Anstände quondam dominus (das *ὁ ποτὲ δεσπότης* der Basiliken, Heimbach V 259). Auch sonst scheint hier gekürzt.

[4]) Gajus II 66—68, l. 3 D. 41, 1.

auch der Eigentümer eines Bären für sein Tier mit der actio de pauperie haftete. Sagt doch selbst der Basilikenscholiast[1]) offenbar noch im Hinblick auf das klassische Recht:

Εἰ δὲ μείνῃ δεσπότης κατέχεται.

Ist aber der Ausschluß der Haftung im § 10 citata wegen naturalis feritas erst von den Kompilatoren herbeigeführt, so muß auch von der in der gleichen Tendenz gehaltenen allgemeinen These zu Beginn des § 7 dasselbe gelten, die schon an sich zwischen den zweifellos echten Entscheidungen des § 6 und der Fortsetzung des § 7 als Fremdkörper erscheint, der, wie wir gesehen haben, überhaupt mit der klassischen Auffassung nicht zusammenstimmt, einerlei, welche Auslegung auch man den mystischen Worten contra naturam fera mota geben mag. Aber gerade diese Unbestimmtheit des Begriffs, der in der klassischen Kasuistik konstant ignoriert wird, zeigt, daß auch hier wieder, wie so oft, erst die Byzantiner eine klare klassische Zufallshaftung in eine verschwommene Verschuldenshaftung gemildert haben[2]), nur daß hier unter dem Einfluß des griechisch-orientalischen Rechts nicht ein Verschulden des Menschen, sondern des Tieres in Frage kommt, das seinem Trieb zu schädigen nachgab, ohne daß natürliche Wildheit es entlastet. Bei einer allgemeinen Erwägung der Voraussetzungen der Klage (et generaliter usw.) hätte selbstverständlich ein Klassiker auch nicht von fera, sondern von quadrupes geredet, sowenig wie er von diesem im klassischen Sachenrecht (l. 3—5 D. 41, 1) scharf präzisierten Begriff mit ideoque Folgerungen für den Fall des equus dolore concitatus abgeleitet hätte.

Der denselben Gedanken schließlich noch enthaltende Satz der Institutionen:

---

[1]) Heimbach V 259.

[2]) Vgl. z. B. Schulz, Die Haftung für das Verschulden von Angestellten im klass. röm. Recht, Grünhut 38, bes. S. 41f.; meine Haftung des Verkäufers S. 98f.; hinsichtlich der Haftung für Zusicherungen beim Kauf im klassischen Recht S. 30f.; im justinianischen Recht S. 114f.; über Milderung der klassischen Custodiahaftung vgl. meinen Aufsatz in dieser Zeitschrift Bd. 40 S. 177f., 201f., 205f.



Haec autem actio in his quae contra naturam moventur, locum habet. Ceterum si genitalis sit feritas cessat,

verrät schon sprachlich den byzantinischen Ursprung. Man bemerke in his quae, besonders aber genitalis feritas, denn genitalis bedeutet im guten Latein keineswegs der Gattung entsprechend, sondern auf Zeugung oder Geburt bezüglich und scheint vom Verfasser mit ingenuus verwechselt.

Sachlich wird diese allgemeine These durch den Beginn des Titels, wo man sie erwartet hätte, durch die dann anschließende klassische Kasuistik und den dann unmittelbar folgenden Fall der l. 1 § 11 citata ebenso Lügen gestraft wie die vorher erörterten, den gleichen Gedanken enthaltenden Sätze der Digesten.

Derselbe Widerspruch findet sich übrigens auch in der Paraphrase des Theophilus. Dort wird zunächst die Zwölf-Tafel-Klage schlechthin gewährt: *ἐὰν οὖν ἢ κατὰ τροφὴν ἢ κατὰ θερμότητα ἢ ἀγριότητα τὸ ἄλογον σοῦ ζῶον* pauperiem fecerit, aber gleich danach wird die Klage auf die *ζῶα παρὰ φύσιν ἀγριούμενα* eingeschränkt und soll fortfallen, wenn *ἔμφυτος αὐτοῖς ἐστιν ἡ ἀγριότης*.

Hingegen entspricht es noch durchaus dem klassischen Recht, wenn Kyrillos folgenden Kommentar gibt[1]):

Ἐὰν οἱονδήποτε τετράποδον ζημίαν δῷ, ὁ δεσπότης αὐτοῦ ἐναγόμενος τῇ quadrupedaria, *ἢ τὴν διατίμην δίδωσι ἢ τὸ ζῶον.* Pauperies *ἐστὶ βλάβη ἄνευ ὕβρεως. Κινεῖται ὅτε ἐξ οἰκείας ἀγριότητος τὸ ζῶον ἔβλαψε . . . Χώρα ταύτῃ τῇ ἀγωγῇ καὶ ὅτε κινηθὲν παρὰ φύσιν ζῶον βλάψῃ.*

Ob mit den letzten Worten die Natur der betreffenden Tiergattung oder des bestimmten Tierindividuums gemeint war, kann dahingestellt bleiben, denn jedenfalls ist der Konzessivsatz von einem Rechtsstandpunkt undenkbar, der in dem Schädigen *παρὰ φύσιν* ein Essentiale der Klage sieht.

Nach manchen Schriftstellern war die actio de pauperie ferner dann ausgeschlossen, wenn der Schaden unter menschlicher Mitwirkung geschah oder wenigstens, wenn dem Beschädigten gegen diesen Menschen eine andere Klage zustand. Dem Verständnis der Quellen in dieser schwierigen

---

[1]) Heimbach 5, 256.



und umstrittenen Frage hat vielfach der Umstand im Weg gestanden, daß man die Fälle, in denen infolge der Einwirkung eines Menschen ein selbständiges Verhalten des Tieres, eine *οἰκεία ἀγριότης*. wie die Basilikenscholiasten sagen, ausgeschlossen war, von den übrigen Fällen, in denen neben dem Menschen auch noch eigene tierische Initiative für den Schaden kausal wurde, nicht genügend auseinanderhielt. Wir sahen bereits zu Beginn, daß ersterenfalls, z. B. wenn ein Tier infolge menschlicher Lenkung oder Reizung Schaden tat, schon die Frühklassiker die Zwölf-Tafel-Klage versagten. Aber wie stand es, wenn menschliches Zutun die tierische Selbständigkeit nicht ausschloß, wenn z. B. dem Lenker die Pferde durchgingen oder wenn ein wildes Tier sich seinem Wärter entzog oder wenn infolge Arglist oder Fahrlässigkeit eines Menschen ein anderer in die Nähe eines gefährlichen Tieres gelangte und so Schaden entstand?

Für die Klassizität der Konkurrenz der actio de pauperie mit einer in solchen Fällen sonst etwa noch zuständigen Klage spricht schon die in Just. Inst. IV, 9, 1 besonders ausgesprochene Konkurrenz mit der Klage aus in dem Ädilenedikt de feris. Daß es sich hier nicht etwa um eine Reform handelt, wird sich uns später aus der gerade entgegengesetzten Tendenz der Kompilation ergeben. Gegen die Subsidiarität der Zwölf-Tafel-Klage sprechen auch deutlich die Erwägungen des Alfenus in der oben schon berührten l. 52 § 2 D. 9, 2. So schon in dem ersten Fall, in dem der Schaden durch das nicht gebotene Imstichlassen des vorderen Lastwagens durch die Treiber eintritt. Wäre die actio de pauperie etwa gleich der actio de dolo subsidiär gewesen, so hätte der Klassiker nicht zunächst die Frage der Zuständigkeit der Tierklage, sondern erst die später von ihm bejahte Frage untersuchen müssen, ob nicht gegen die Treiber die aquilische Klage gegeben war. Statt dessen wird zunächst die Frage der actio de pauperie erwogen und diese nur darum verneint, weil die Treiber ohne Not (sua sponte) das Gefährt verlassen und so die Maultiere durch die Schwere des Wagens auf dem steilen Pfad zum Rückwärtsweichen gezwungen worden seien. Also der Um-

stand, daß die Tiere unter menschlicher Aufsicht vorher standen, allein genommen hätte die Tierklage nicht ausgeschlossen, wenn die Maulesel in eigener Initiative, nicht unter physischem Zwang rückwärts gegangen wären. Das zeigt sich besonders deutlich im zweiten Fall, wo die Tiere scheuen und in dieser Verfassung ohne äußeren Zwang rückwärts gehen, während dadurch die Treiber, um nicht von der Last, die sie allein nicht aufhalten können, zermalmt zu werden, gezwungen sind, zur Seite zu springen. Hier gewährt Alfen die Zwölf-Tafel-Klage gegen den Tiereigentümer und versagt die aquilische gegen die Treiber, ohne seinen Standpunkt in der einen Frage von dem in der andern irgendwie abhängig zu machen, wie dies die Subsidiarität der Zwölf-Tafel-Klage geboten hätte.

Auch die l. 7 § 6 D. 4, 3 gehört in diesen Zusammenhang:

Ulpianus libro undecimo ad edictum.

Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem. Et placuit mihi, quod Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis, si noxae deditio sit secuta, non puto dandam nec in id quod excedit.

Man darf die formell und sachlich nicht zu beanstandende quaestio nicht so verstehen[1]), als habe der Dritte das Tier gereizt oder sonstwie physisch oder psychisch auf es eingewirkt und dadurch zur Schädigung des ego gebracht. Denn hier wäre schon für die Frühklassiker wie Servius in l. 1 § 4 D. 9, 1 oder Ofelius (l. 9 § 3 D. 9, 2) oder Alfen in der l. 52 § 2 citata oder Proculus in l. 11 § 5 D. 9, 2 gar kein Zweifel, daß mangels eigener tierischer Initiative nicht die actio de pauperie, sondern nur die aquilische oder eine ihr entsprechende Klage in Frage kam. Da diese Klage aber einen auch sonst schneidigeren Rechtsschutz als die actio de dolo vorsieht und sich gleichfalls nur gegen den Dritten richten konnte, so hätte die Frage des Labeo nach dem Gegebensein der Dolusklage nicht nur juristisch bei der

[1]) Das habe ich diese Zeitschrift 40, 200 Note noch verkannt, ebenso wie allerjüngstens Pringsheim Bd. 41, 257 zu Note 3.



zweifellos prinzipiellen Subsidiarität dieser Klage, sondern vor allem auch praktisch der Pointe entbehrt und der klassisch gemeißelte Tatbestand hätte gar kein des Labeo würdiges Problem enthalten.[1]) Ganz anders, wenn man den Tatbestand so auffaßt[2]), daß die Arglist des Dritten ein selbständiges Verhalten der quadrupes bestehen ließ, daß z. B. der Dritte durch seine Arglist veranlaßte, daß der ego selbst oder sein Eigentum in die Nähe des gefährlichen Tieres gerieten und nun das Tier selbständig ohne weiteres Zutun des Dritten die schädigende Handlung vornahm. Hier mochten wohl bei Labeo mit Rücksicht auf die rein geistige Mitwirkung des Dritten, die aquilische Klage gegen diesen auch nur analog zuzulassen, noch Bedenken obgewaltet haben, die später erst von anderen überwunden worden sind.[3]) Aber gerade hieraus mußte für Labeo aus der weitherzigen Auslegung, die er der Subsidiarität der Dolusklage schon im Beginn der l. 7 § 3 D. 4, 3 gegeben hatte, sein Interesse an dem Gegebensein dieser Klage erwachen, gerade weil er zwar an der Zuständigkeit der actio de pauperie gegen den tu keinen Zweifel hatte, diese Klage aber aus zwei Gründen hier dem ego nicht zur materiellen Befriedigung gereichen konnte: Einmal wegen der Insolvenz des tu, der ja von dem hier angenommenen Tatbestand aus mit dem aus der Dolusklage eventuell haftbaren Dritten nicht zusammenfiel, sondern aber vor allem, weil der Tiereigentümer sich durch noxae datio der vielleicht geringwertigen quadrupes von jeder weiteren Scha-

---

[1]) Ganz anders Pringsheim a. a. O. S. 257: „Labeo wird von der actio utilis legis Aquiliae, die Pernice mühsam fernhält, und vom Zessieren der actio de dolo gesprochen haben."

[2]) So schon Cujazius ad titulum de dolo opp. 1, 849; Zimmern, Noxalklagen 248—249; Schneider, Subsidiäre Klagen 186. Neuerdings Pernice, Sachbeschädigung S. 223, Labeo II 1 S. 223.

[3]) Vgl. Gajus 3, 219 (l. 4 D. 11, 3. Paulus?). Ob in dem sprachlich ungeschickten und stilarmen Schlußsatz der l. 3 § 1 D. 11, 3 Ulpian unverändert spricht, ist sehr zweifelhaft: Si quidem sine dolo malo — si dolo malo, non tenetur, tenebitur. Hingegen braucht der Fall der l. 9 § 3 i. f. D. 9, 2 — falls er überhaupt nicht erst von Ulpian hinzugefügt ist — nicht gleich zu liegen, da das ab alio in insidias deductus auf eine körperliche Einwirkung hinweist oder hinweisen kann.

densersatzhaftung dem ego gegenüber befreien konnte und durch den Tod des Tieres vor der litis contestatio ohne weiteres befreit war (l. 1 § 13 h. t.). Die Klassiker, die in anderen Fällen den praktischen Vorteil der noxae datio für den Schuldner so richtig einschätzten (l. 37 § 1 D. 9, 2, l. 1 § 16 h. t.), haben gewiß anderseits auch den Nachteil für den ersatzberechtigten Gläubiger nicht verkannt, falls er seinen Schaden nur mit dieser Klage geltend machen konnte.

Wie Labeo unseren Fall entschieden hat und inwiefern Ulpian ihm beigetreten ist, kann in unserem Zusammenhang unentschieden bleiben. Uns kommt es nur darauf an, aus der Stelle entnehmen zu dürfen, daß der Klassiker trotz der arglistigen Mitwirkung eines Menschen die actio de pauperie gewährt, ja, daß gerade erst aus der ihm gewissen Zuständigkeit dieser Klage das Problem der subsidiären actio doli erwächst. Die von mir früher gegen die Klassizität der Entscheidung noch hervorgehobenen formellen Anstände[1]) reichen, nachdem das oben hervorgehobene sachliche Bedenken sich als auf einer Verkennung des Tatbestands beruhend herausgestellt hat, nicht aus, um die Echtheit des Grundgedankens selbst in Frage zu ziehen, der die actio doli nicht nur bei Insolvenz des tu, sondern auch dann gewähren will, wenn der ego durch die noxae datio nicht voll befriedigt werden kann und deshalb lieber gar nicht den tu angehen, sondern sich, ehe ihm diese aufgenötigt wird, an den Dritten halten möchte. Das Problem, ob der ego, wenn er erst von dem tu das Tier noxae empfangen hat, sich dann noch an den alius mit der actio doli wegen des Überschusses seines Schadens wenden kann oder auch nur die Frage, ob etwa gar schon durch die litis contestatio im Tierhaftungsprozeß, mochte sein Erfolg sein, welcher er wolle, die actio doli gegen den alius konsumiert würde, hatte selbstverständlich Labeo von obiger Frage zu scheiden gewußt, ob überhaupt ein Fall von Konkurrenz zwischen Tier- und Dolusklage hier gegeben war. Darum

[1]) Die meisten hebt jetzt auch Pringsheim a. a. O. hervor, scheinbar, ohne meine Arbeit zu kennen. Das außerdem noch von mir betonte quamvis mit dem Indikativ findet sich gelegentlich auch bei Cicero.



halte ich es allerdings für unmöglich, daß Labeo gesagt und Ulpian bestätigt habe, die Dolusklage sei bei Insolvenz des tu gegeben, obgleich, wenn einmal die noxae datio gefolgt sei, die Dolusklage auch nicht mehr auf den Überschuß gewährt werden dürfe. Denn logischer- und praktischerweise war mit dem Fall der von vornherein gegebenen Dolusklage wegen Insolvenz des tu das Problem einer von vornherein gegebenen Dolusklage wegen Beeinträchtigung des Erfolgs der Zwölf-Tafel-Klage durch die dann drohende noxae datio in Parallele zu setzen. Gerade weil die subsidiäre actio doli mangels eines anderen Rechtsbehelfs gegeben wurde, durch den dem Kläger res servari possit, aber von Labeo sogar dann schon, wenn auch nur juristisch zweifelhaft war, ob ein anderer Rechtsbehelf rechtlich zustand (l. 7 § 3 D. 4, 3), so lag es für ihn nahe, den Fall der Beeinträchtigung der actio de pauperie wegen Insolvenz des Schuldners mit dem ihrer Beeinträchtigung durch die dem Schuldner gestattete und somit drohende noxae datio des Tieres in Parallele zu setzen und in beiden Fällen als Grundlage der subsidiären Dolusklage genügen zu lassen. Die allerjüngstens von Pringsheim vertretene Meinung, daß es für den Ausschluß der actio doli nicht auf den Erfolg, sondern nur auf das Bestehen einer anderen Klage im klassischen Recht ankomme und daß die entgegenstehenden Stellen, insbesondere die über die Insolvenz des nach der anderen Klage passiv legitimierten Dritten interpoliert seien, halte ich nicht nur für formalistisch und der rein praktischen Tendenz dieser prätorischen Klage zuwiderlaufend, sondern vor allem auch den Unechtheitsbeweis nicht für erbracht. Schon die öftere Betonung, es müsse dem Kläger ein anderer Rechtsbehelf gegeben sein, qua experiri possit, se tueri possit, tutus sit, durch den res ei salva esse poterit oder ei res servari potest indemnitati eius consuli possit (l. 1 § 4, 5, l. 2, l. 4, l. 7 § 1 D. 4, 3), zeigt, daß es dem Prätor und den seinen neuen Rechtsbehelf entwickelnden Juristen nur darauf ankam, ob dem dolos Geschädigten schon auf andere Weise wirksam geholfen werden kann.[1]) Ebenso wie es der actio doli

---

[1]) Vgl. schon Schneider, Die allgemein subsidiären Klagen des

nach der Auslegung des Pomponius nicht bedarf, wenn der vom Arglistigen erschlichene Vertrag an sich schon um seines Inhalts willen keinen wirksamen Rechtsschutz findet, so bedarf es andererseits der actio doli nicht, wenn ein anderer wirksamer Rechtsschutz schon besteht. Nur dann darf sich natürlich der Geschädigte nicht auf die Unwirksamkeit dieses anderen Rechtschutzes stützen, wenn es an ihm liegt, daß die vom Recht verliehene schneidige Waffe stumpf geworden ist oder gar ganz verlorengegangen ist (l. 1 § 5—7 D. 4, 3). Auch hier kommt es den Juristen nicht auf das bloße Bestehen einer actio an[1]), wie Pringsheim[2]) meint, sondern darauf an, daß eine wirksame, erfolgverheißende Klage einmal bestanden hat und nur durch die Schuld des Geschädigten[3]) verlorengegangen ist. Daß bei der rein praktischen Frage, ob der dolos Geschädigte eines besonderen Rechtsschutzes durch die infamierende Klage bedarf, die klassischen Juristen eine juristische und eine rein faktische Unmöglichkeit, ihm anders zu helfen, einander gleichstellen, entspricht nur ihrer praktischen Art[4]), die bei der Entwicklung des neuen Rechts nicht auf das formale Bestehen, sondern auf den Erfolg des erstrebten Schutzes das ausschlaggebende Gewicht legt, und ist keineswegs echt byzantinische Auffassung. Noch bietet sie bei der praktischen Durchführung besondere Schwierigkeiten.[5])

---

römischen Rechts (1834) S. 153f., 188f. und Pernice, Labeo II 1 S. 204 nach Note 6.

[1]) Ist eine solche durch den dolosen Schädiger erst hervorgerufen, so genügt das andererseits auch nicht zur Begründung der actio doli, wenn durch exceptio der Angriff unwirksam gemacht werden kann: l. 40 D. 4, 3.

[2]) A. a. O. S. 256.

[3]) Siehe oben S. 362 zu Note 3.

[4]) So verweigert z. B. Paulus in l. 18 § 2 D. 39, 2 dem Usufruktuar eines baufälligen Hauses die cautio damni infecti, etsi alias vicinas habeat: quia reficiendi habet facultatem, d. h. weil er faktisch sich selbst schützen kann und darf, aber ebenso auch dem Eigentümer gegenüber dem Usufruktuar, weil er aus der cautio klagen kann.

[5]) Sowenig wie bei Gewährung der in integrum restitutio. Vgl. z. B. l. 16 pr. D. 4, 4 und einen praktischen Fall in l. 45 § 1 eodem. Dies gegen Pringsheim a. a. O. S. 261. Sein Hinweis auf die Justinianische Regelung der Klagenkonkurrenz (materielle Befriedigung durch solutio

Gerade Labeo ist hier vorbildlich, indem er sich, ohne sich durch formalistische Bedenken zurückhalten zu lassen, für die actio doli selbst dann entscheidet, wenn die objektive Rechtslage hinsichtlich eines weiteren Rechtsschutzes Zweifel bietet. Das würde vom Standpunkt Pringsheims ein geistiges Armutszeugnis bedeuten, aber in Wahrheit will eben Labeo nicht die objektive Rechtsfrage entscheiden, sondern darauf es letztlich ankommen lassen, ob rein tatsächlich der für den Geschädigten sonst noch in Frage kommende Rechtsschutz sichere Aussicht hat, bei den Organen der Rechtspflege Anerkennung zu finden. Von diesem rein praktischen Standpunkt aus erscheint es aber durchaus begreiflich, daß man solchen wirksamen Rechtsschutz auch dort vermißte, wo die actio gegen den anderen wegen dessen Insolvenz keinen Erfolg verhieß, wie dies z. B. die auch sprachlich kaum zu beanstandenden l. 5 und 6 D. 4, 3 sagen, deren Unechtheit im Grundgedanken Pringsheim sowenig wie die unserer l. 7 § 6 D. 4, 3 erwiesen hat.

Nach alledem darf, wenn wir auch über den Umfang der Interpolation der l. 7 § 6 D. 4, 3 nicht klar sehen, doch schon aus der zweifellos echten quaestio eine Bestätigung dafür entnommen werden, daß das bei einem Tierschaden mitwirkende Verschulden eines Dritten die actio de pauperie an sich unberührt läßt.

Dieses Ergebnis kann zunächst durch die l. 27 § 34 D. 9, 2 nicht erschüttert werden. Denn diese Stelle ist, wie ich anderwärts[1]) nachgewiesen habe, unheilbar interpoliert, andererseits würde auch der Klassiker dem Eigentümer des Sklaven gegen den Eigentümer des Maultieres, das zunächst nach dem Tatbestand ohne menschliches Zutun durchzugehen scheint, die actio de pauperie versagt haben, da ja hier ebenso wie in l. 52 § 3 D. 9, 2 das damnum culpa hominis factum est, der sich den Zügel nicht lose um den Daumen hätte schlingen dürfen. Auch aus der später noch zu erörternden l. 8 § 1 D. 9, 2 von Gajus folgt nichts gegen eine klassische Konkurrenz von Zwölf-Tafel-

anstatt der litiscontestatio) beweist nichts, da es sich hier um ein völlig anders gelagertes Problem handelt.

[1]) Meine Haftung des Verkäufers S. 58—59 Note.



und aquilischer Klage. Denn wenn Gajus hier von ersterer schweigt, so bedeutet das nicht, daß er ihr Gegebensein für ausgeschlossen hält, was ja auch dem klaren Standpunkt des Alfen widerspräche, sondern nur, daß es ihm in seinem Zusammenhang nur um die Zuständigkeit der actio legis Aquiliae zu tun ist.

Anders aber liegt es in dem Fall der l. 1 § 5 D. h. t.

Ulpianus libro octavo decimo ad edictum.

Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicui damnum dederit, si contineri firmius ab alio poterit vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat.

Wenn ein bösartiger Hund sich losreißt, und zwar asperitate sua ohne menschliches Zutun kraft seiner eigenen Wildheit, und so in Freiheit Schaden tut, so ist das nach dem früher Gesehenen so recht ein Fall der actio de pauperie, ebenso wie wenn ein sonstiges unter das Ädilenedikt fallendes Tier sich auf öffentlicher Straße losreißt und Schaden anrichtet (Inst. 4, 9, 1) oder wenn beaufsichtigte Maultiere plötzlich scheuen und rückwärts gehen (l. 52 § 2 D. 9, 2) oder wenn ein angeketteter Hund einen Eintretenden verletzt (l. 2 § 1 D. h. t). Im Gegensatz hierzu fragt unsere l. 1 § 5 citata zunächst danach, ob ein anderer Mensch das Tier hätte kräftiger zurückhalten oder ob es überhaupt nicht an den Ort hätte geführt werden dürfen. In diesen beiden Fällen soll die actio de pauperie zessieren und der Halter des Hundes verhaftet sein: gemeint ist nach dem aquilischen Gesetz. Damit wird mit dürren Worten die Zwölf-Tafel-Klage gegenüber der aquilischen für subsidiär erklärt, und zwar auch dann, wenn der den Hund Führende mit dem aus der Tierklage verhafteten Eigentümer nicht identisch ist. Ein für den Verletzten schlimmes Ergebnis, besonders wenn nur der Tiereigentümer zahlungsfähig ist. Aber ein Grund wird für diese Aufzehrung der Zwölf-Tafel-Klage durch die aquilische sowenig angegeben wie dafür, daß dieses Ergebnis gerade nur an die genannten beiden Alternativen geknüpft wird. Sollen denn etwa in anderen Verschuldensfällen beide Klagen konkurrieren oder meint der Verfasser etwa, daß

andere Verschuldensfälle gar nicht denkbar seien? Man braucht diese Frage nur aufzuwerfen, um zu erkennen, daß der Klassiker so nicht geschrieben haben kann. Während die letzte Eventualität, wenn freilich auch nicht gerade mit klassisch anmutender Plastik auf das Ungeeignete der gar nicht näher angegebenen Örtlichkeit hinweist und somit als Beispiel für ein Verschulden des aliquis passieren mag, verlangt die erste nichts weiter, als daß irgend jemand kräftiger das Tier hätte zügeln können. Das entspricht nicht etwa, wie man gemeint hat[1]), dem, was Gajus in l. 8 § 1 D. 9, 2 lehrt (libro 7 ad edictum provinciale):

Mulionem quoque si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit. Nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeratur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intelligere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. Idem iuris est in persona eius, qui impetum equi quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.

Denn hier wird nicht schon in der Schwäche oder Unerfahrenheit des Treibers oder Reiters die Schuld gesehen, sondern in dem Befassen mit Angelegenheiten, die Kraft oder Sachkunde erfordern, wie der jener Eigenschaften Ermangelnde hätte erkennen müssen. Wohl aber entspricht der rohe Standpunkt der l. 1 § 5 citata dem, was Justinian in seinen Institutionen (4, 3, 2) aus dem echten Gajus gemacht hat:

Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpae reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem

---

[1]) Eisele a. a. O. S. 485. Gegen ihn insofern zutreffend Litten a. a. O. S. 440, aber sein Versuch S. 441, auch in der ersten Alternative der l. 1 § 5 citata einen Verstoß gegen das Verhalten eines diligens pater familias zu entdecken, vergewaltigt ebenso diese Stelle wie Eisele aus Gründen der Pandektenharmonistik der l. 8 § 1 D. 9, 2 nicht gerecht wird. Ähnlich wie Litten auch schon Höniger a. a. O. S. 27—28.

retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, aeque culpae tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

Denn hier verschwindet der Gesichtspunkt der schuldhaften Nichteinsicht in die Gefährlichkeit des Handelns bei Mangel der dazu erforderlichen Sachkunde oder Kraft, und es wird, falls größere physische Stärke den Schaden hätte abwenden können, zur aquilischen Haftung schlechthin für ausreichend erklärt, wenn alius firmior retinere potuisset. Es ist danach schon ein Verschulden, wenn man nicht der Allerstärkste ist. Und Eisele[1]) kommt, ohne die Institutionenstelle zu berücksichtigen, zu dem zwar nicht nach der l. 8 § 1 D. 9, 2, wohl aber nach unserer l. 1 § 5 D. 9, 1 gerechtfertigten, aber seltsamen Ergebnis:

„Nimmt man diese Fälle, wie sie sind, läßt man also die Kolorierung derselben durch Annahme einer culpa, die doch nur eine fiktizische ist, beiseite, so ergibt sich als Rechtssatz des römischen Rechts dieses: Für Schaden, der verursacht ist in der Weise, daß ein Mensch und ein Tier zusammen die zur Herbeiführung des Schadens erforderlichen ursächlichen Momente gesetzt haben, haftet der betreffende Mensch ex lege Aquilia, auch ohne daß ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann."

Dernburg[2]) bemerkt hierzu: „Das heißt das geistige Band zerschneiden, welches die bezüglichen Quellenentscheidungen mit den Grundprinzipien des römischen Rechts verbindet."

Aber es wird nach dem Vorangegangenen nicht schwer, zu zeigen sein, daß nicht der moderne Ausleger[3]), sondern der byzantinische Verfasser der l. 1 § 5 citata dieses geistige Band zerschnitten hat. Freilich dagegen, daß den Klassikern eine Zufallshaftung des Lenkers des Tieres in Eiseles Sinn

[1]) A. a. O. S. 485.

[2]) Pandekten II § 133 Note 1.

[3]) Hinsichtlich der gemeinrechtlichen Praxis vgl. den Fall in Seufferts Archiv Bd. 48 Nr. 33.

ganz fremd war, spricht nicht nur die l. 52 § 2 D. 9, 2, sondern auch die bisher viel zu wenig beachtete und doch in diesem Punkt völlig unverdächtige und unzweideutige l. 57 D. 9, 2:

> Iavolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis. Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque dejecit et eo casu crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse, sed si equitis culpa factum esset, cum equite. Sane non cum equi domino agi posse. Verum puto.

Wohl aber finden wir dieses unklare Abstellen darauf, ob alius diligentior custodire poterit in dem interpolierten Gajus der l. 1 § 4 D. 44, 7 und Inst. 3, 14, 2, wo Justinian die klassische custodia-Haftung des Kommodatars herabmildert, aber scheinbar einen Rest von casus-Haftung doch noch bestehen lassen will, und ähnlich in seinen Institutionen 3, 27, 1 i. f. vom negotiorum gestor:

> Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem. Nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esse negotia.[1])

Übrigens muß schon rein sprachlich unsere l. 1 § 5 citata Verdacht erregen. Zwar der Tatbestand bis dederit erscheint untadelig, wohl aber ist zu beanstanden das poterit, ferner das ungeschickte tenebitur qui tenebat, wobei das Fehlen des Rechtsgrunds (lege Aquilia) nach dem vorangegangenen haec actio cessabit besonders mißlich erscheint.

Fragen wir, weshalb Justinian hier jede Konkurrenz zwischen Zwölf-Tafel- und aquilischer Klage vermeidet und selbst beim Mangel eines Verschuldens des Tierführers der aquilischen vor der im früheren Recht gegebenen Zwölf-Tafel-Klage den Vorzug gibt, so gewähren die Basiliken einen Anhalt für die hier vielleicht zugrunde liegende Auffassung. Denn in einem Scholion zu unserer Stelle lesen wir (Heimbach 5, 257):

---

[1]) Vgl. meine Arbeit über custodia, diese Zeitschrift Bd. 40 S. 202f.

retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, aeque culpae tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum eius aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.

Denn hier verschwindet der Gesichtspunkt der schuldhaften Nichteinsicht in die Gefährlichkeit des Handelns bei Mangel der dazu erforderlichen Sachkunde oder Kraft, und es wird, falls größere physische Stärke den Schaden hätte abwenden können, zur aquilischen Haftung schlechthin für ausreichend erklärt, wenn alius firmior retinere potuisset. Es ist danach schon ein Verschulden, wenn man nicht der Allerstärkste ist. Und Eisele[1]) kommt, ohne die Institutionenstelle zu berücksichtigen, zu dem zwar nicht nach der l. 8 § 1 D. 9, 2, wohl aber nach unserer l. 1 § 5 D. 9, 1 gerechtfertigten, aber seltsamen Ergebnis:

„Nimmt man diese Fälle, wie sie sind, läßt man also die Kolorierung derselben durch Annahme einer culpa, die doch nur eine fiktizische ist, beiseite, so ergibt sich als Rechtssatz des römischen Rechts dieses: Für Schaden, der verursacht ist in der Weise, daß ein Mensch und ein Tier zusammen die zur Herbeiführung des Schadens erforderlichen ursächlichen Momente gesetzt haben, haftet der betreffende Mensch ex lege Aquilia, auch ohne daß ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann.“

Dernburg[2]) bemerkt hierzu: „Das heißt das geistige Band zerschneiden, welches die bezüglichen Quellenentscheidungen mit den Grundprinzipien des römischen Rechts verbindet.“

Aber es wird nach dem Vorangegangenen nicht schwer, zu zeigen sein, daß nicht der moderne Ausleger[3]), sondern der byzantinische Verfasser der l. 1 § 5 citata dieses geistige Band zerschnitten hat. Freilich dagegen, daß den Klassikern eine Zufallshaftung des Lenkers des Tieres in Eiseles Sinn

---

[1]) A. a. O. S. 485.

[2]) Pandekten II § 133 Note 1.

[3]) Hinsichtlich der gemeinrechtlichen Praxis vgl. den Fall in Seufferts Archiv Bd. 48 Nr. 33.

ganz fremd war, spricht nicht nur die l. 52 § 2 D. 9, 2, sondern auch die bisher viel zu wenig beachtete und doch in diesem Punkt völlig unverdächtige und unzweideutige l. 57 D. 9, 2:

Iavolenus libro sexto ex posterioribus Labeonis. Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque deiecit et eo casu crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse, sed si equitis culpa factum esset, cum equite. Sane non cum equi domino agi posse. Verum puto.

Wohl aber finden wir dieses unklare Abstellen darauf, ob alius diligentior custodire poterit in dem interpolierten Gajus der l. 1 § 4 D. 44, 7 und Inst. 3, 14, 2, wo Justinian die klassische custodia-Haftung des Kommodatars herabmildert, aber scheinbar einen Rest von casus-Haftung doch noch bestehen lassen will, und ähnlich in seinen Institutionen 3, 27, 1 i. f. vom negotiorum gestor:

Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem. Nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esse negotia.[1]

Übrigens muß schon rein sprachlich unsere l. 1 § 5 citata Verdacht erregen. Zwar der Tatbestand bis dederit erscheint untadelig, wohl aber ist zu beanstanden das poterit, ferner das ungeschickte tenebitur qui tenebat, wobei das Fehlen des Rechtsgrunds (lege Aquilia) nach dem vorangegangenen haec actio cessabit besonders mißlich erscheint.

Fragen wir, weshalb Justinian hier jede Konkurrenz zwischen Zwölf-Tafel- und aquilischer Klage vermeidet und selbst beim Mangel eines Verschuldens des Tierführers der aquilischen vor der im früheren Recht gegebenen Zwölf-Tafel-Klage den Vorzug gibt, so gewähren die Basiliken einen Anhalt für die hier vielleicht zugrunde liegende Auffassung. Denn in einem Scholion zu unserer Stelle lesen wir (Heimbach 5, 257):

---

[1]) Vgl. meine Arbeit über custodia, diese Zeitschrift Bd. 40 S. 202f.

Τούτεστιν, ἡ μὲν κουαδροπεδαρία σχολάζει, κἂν φυσικῇ ἀγριότητι ἐκινήθη τὸ ζῶον· ἀλλ' ἐπεὶ ἠδύνατο ὑπὸ ἄλλου κρατεῖσθαι ἀσφαλέστερον, δοκεῖ μὴ ὁ κύων ἐπαγαγεῖν τὴν ζημίαν, ἀλλ' ὁ τὸν κύνα κρατῶν καὶ ἐνάγεται λοιπὸν οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ, ὡς ἐξ ἀμελείας αὐτοῦ τῆς ζημίας συμβάσης. Ἐκράτει γὰρ τὸν κύνα κακῶς καὶ ἀσθενῶς καὶ κακῶς κρατῶν αὐτὸν δοκεῖ ἀπολῦσαι.

In einer dem echten Gajus der l. 8 § 1 citata ganz fremden Auffassung wird hier schon in dem Umstand, daß irgend jemand mit mehr Kraft den Hund hätte zügeln können, eine Art von Schuld, ja sogar eine schlechte und schwächliche Herrschaft gesehen und die Quasischuld des Menschen absorbiert gleichsam selbst die *φυσικὴ ἀγριότης* des Tieres, so daß nur noch der Führer des Tieres als verantwortlicher Urheber des Schadens erscheint.

Ganz dieselbe Auffassung finden wir auch in einem interessanten Scholion zum § 4 der l. 1 citata, das heißt zu der Entscheidung, daß der Eigentümer für den Schaden, den sein schlägiges Pferd anrichtet, mit der actio de pauperie haftet:

Ἀγνοῦντος τοῦ δεσπότου τὸν ἵππον εἶναι τοιοῦτον· εἰ γὰρ ᾔδει καὶ διὰ δημοσίας διῄει ὁδοῦ, ἐκεῖνος δοκεῖ βλάπτειν καὶ οὐχὶ ὁ ἵππος.

Gerade im Gegensatz zu dem, was uns Just. Inst. 4, 9, 1 über das klassische Recht lehren, soll hier das Verschulden des Führers des Pferdes die selbständige Handlung des Pferdes in ihrer rechtlichen Wirkung auslöschen, so daß nur noch der schuldige Mensch als Ursache des Schadens erscheint. Das widerstreitet zwar nicht nur dem klassischen Recht, dessen Urheber, falls überhaupt nur eine selbständige Triebhandlung des Tieres vorliegt, nirgends die actio de pauperie von dem Fehlen einer aquilischen Haftung abhängig machen, sondern auch überhaupt jedem klaren Ursachenbegriff, aber es wird vielleicht verständlich von jener den Byzantinern naheliegenden Auffassung, die die Tierhaftung auf ein Verschulden des Tieres gründet. Dieses Verschulden soll völlig zurücktreten, ja absorbiert werden, wenn der beteiligte Mensch als Lenker des Pferdes bei dieser Aufgabe den höchstmöglichen Anforderungen nicht

entspricht, die, gemessen an dem Einsichtigsten und Kräftigsten seiner Gattung, an ihn überhaupt gestellt werden können.[1])

In dieser Tendenz dürfte auch die Schlußentscheidung der l. 57 D. 9, 2 citata erst von Justinian eingefügt sein. Wenn bei einem gemeinsamen Ausritt plötzlich ein Pferd mit seinem Reiter auf ein anderes Pferd losstürzt, so dürfte der Reiter wohl die Herrschaft über sein Tier verloren haben. Im anderen Fall wäre ja auch die culpa equitis, von der der Jurist hypothetisch redet, völlig zweifellos. In diesem Fall bestand für Labeo gewiß sowenig ein Bedenken, die actio de pauperie gegen den Eigentümer des angreifenden Tieres zu geben, wie etwa für Quintus Mucius in der l. 1 § 11 D. 9, 1 oder für Alfen in der l. 52 § 2 D. 9, 2. Im Gegensatz hierzu soll aber Labeo mit dem bei Tribonian beliebten Anknüpfungswort sane anstatt jeder Angabe von Gründen entschieden haben: sane non cum equi domino agi posse. Also sogar hier auch dann nicht, wenn mangels Verschuldens des Reiters die aquilische Klage gegen diesen entfällt.

Formell fällt in der Entscheidung auf, daß hier equus ohne jedes kennzeichnende Beiwort plötzlich das angreifende Pferd bezeichnet, während vorher das schlichte Wort equus stets, nämlich dreimal, das angegriffene und beschädigte bezeichnet hatte. Sowenig nun aber sachlich diese Entscheidung mit den Grundsätzen des klassischen Rechts zusammenstimmen will, um so eher zeigt ihr Grundgedanke Verwandtschaft mit Vorstellungen, die wir im orientalischen Rechtskreis finden. Das zeigt ein Blick ins indische Recht.[2])

---

[1]) Ist beim Schaden sowohl das selbsttätige Verhalten des Tieres wie culpa des Führers und dolus eines Dritten beteiligt, so wird nach byzantinischer Auffassung sowohl die culpa des Führers wie des Tieres durch den dolus des Dritten absorbiert. Vgl. den für die weltfremden Distinktionen der Byzantiner recht charakteristischen Schluß des oben S. 390 wiedergegebenen Scholion *τουτέστιν: Εἰ δέ τις ἄλλος τὸν κύνα ἠρέθισεν, ὃς καὶ ἐρεθισθεὶς ἐνίκησε τὸν κατέχοντα καὶ ἔφυγε διὰ τὴν οἰκείαν τραχύτητα, καὶ ἔβλαψεν, ἐκεῖνος μόνος ἐνάγεται τῷ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ.*

[2]) Zum Folgenden vgl. Kohler in Zeitschr. f. vergl. R.-W. Bd. 3 S. 199—200; auch Tolly, Recht und Sitte (Grundriß der indo-arischen Phil. II, 8. Heft) S. 107.

In Gautama 12, 19—20 heißt es (in der englischen Übersetzung von Georg Bühler[1])):

If damage is done by cattle, the responsability falls on the owner.

But if the cattle were attended by a herdsman, it falls on the latter.

Auch z. B. in Vishnu 5, 140—141, Manu 12, 240, Narada 11, 35 findet sich die Vorschrift, daß die Haftung für unter menschlicher Aufsicht stehendes Vieh nicht den Tiereigentümer, sondern ausschließlich den Hirten treffen soll.

Interessant ist, daß aber, ähnlich wie bei Justinian, der aufsichtspflichtige Mensch sich von seiner Haftung wenigstens durch Berufung auf außergewöhnliche Zufälle befreien kann.

So Narada[2]) 11, 36—37:

When (a herdsman) has been seezed by the king or devoured by an alligator or struck by Indras thunderbolt, or bitten by a serpent, or fallen from a tree, or killed by a tiger or other (ferocious animal) or smitten by a disease of any sort, no offence can be imputed either to the herdsman or to the owner of the cattle.[3])

Auf ähnlichen Vorstellungen beruht vielleicht auch die Überarbeitung der l. 1 § 4 D. 9, 1. Das Fehlen des Prädikats[4]) zu aut mulae propter nimiam ferocitatem zeigt schon, daß die Stelle nicht unberührt ist. Sachlich ist es zwar denkbar, daß Ulpian als Ursachen des Ausschlusses einer selbständigen Handlung des Tieres und damit der actio de pauperie sowohl die Schwierigkeit des Geländes, wie auch die Schuld des Treibers oder die übermäßige Belastung des Tieres hervorgehoben hat. Aber hinsichtlich der aquilischen Verschuldenshaftung braucht man noch nicht einmal der vorbildlichen Auseinanderhaltung des ob-

---

[1]) The sacred books of the East II.

[2]) The sacr. b. of the East XXXIII translated by Julius Jolly.

[3]) Dazu Colebrooke, Digest of Hindu Law (1865) vol. 2 S. 102 (book III 52). Damit verwandt ist auch der Gedanke, daß für Vieh in besonderem Erregungszustand oder störrisches Tier nicht gehaftet wird. Vgl. oben S. 366 Note 2 am Ende.

[4]) Ist es ein Zufall, daß ebenso in der sonst echten l. 52 § 2 D. 9, 2 das Prädikat im Satz sed si mulae quia aliquid reformidassent, . . . verschwunden ist?

jektiven Sachverhalts und der Schuldfrage in ähnlichen Fällen durch die Klassiker, z. B. durch Alfen in l. 52 § 2 D. 9, 2 oder durch Gajus in l. 9 § 1 eod. oder durch Ulpian selbst in l. 7 § 2 eod. zu gedenken, um zu erkennen, daß der Klassiker diese drei mit aut aut voneinander unterschiedenen Momente unmöglich als selbständige Fundamente der aquilischen Haftung nebeneinander gestellt haben kann. Denn die Schwierigkeit des Geländes und das übermäßige Beladen des Maultieres bilden zu der an zweiter Stelle hervorgehobenen culpa mulionis[1]) sowenig einen ausschließenden Gegensatz, wie in der interpolierten l. 62 D. 19, 2 das vitium soli und das vitium operis oder in der unechten l. 27 § 29 D. 9, 2 die imperitia des Handwerkers und die rimae vitiosae.[2]) Wohl aber ist denkbar, daß der byzantinische Bearbeiter der Stelle, unbekümmert um solche Feinheit der juristischen Analyse nur darauf bedacht war, zu betonen, daß die strenge aquilische Haftung nicht nur bei Verschulden des Treibers, sondern schon dann begründet sein solle, wenn das Lasttier auf objektiv ungeeignetes Gelände geführt oder zu schwer belastet worden war. Wieder finden wir die uns schon aus der l. 1 § 5 D. 9, 1 und Just. Inst. 4, 3, 8 bekannte, den Klassikern völlig fremde Erweiterung der aquilischen Klage zur Zufallshaftung, die zugleich, ebenso wie in der l. 1 § 5 citata und der l. 57 D. 9, 2 die klassische Zufallshaftung mit actio de pauperie schlechthin ersetzen soll, auch hier wieder auf der byzantinischen, klassischer Ansicht völlig widerstreitenden Anschauung beruhend, daß der objektive Verstoß des Menschen in der Behandlung des Lasttieres das eigene Verschulden der quadrupes und damit die Grundlage der Haftung des Tiereigentümers auslösche. Daß hier nicht mehr der Klassiker denkt und redet. ergibt sich schließlich auch daraus, daß das kategorische damnique iniuriae agetur uns über die Person des aquilisch Verhafteten mangels einer culpa mulionis im unklaren läßt.

---

[1]) Auch wenn man mit Litten a. a. O. S. 448 Note die loci iniquitas als stets vorhanden annehmen wollte, bliebe die Entgegensetzung von culpa mulionis und plus iusto onerata anfechtbar. Vgl. z. B. den echten Ulpian in l. 7 § 2 D. 9, 2.

[2]) Vgl. mein periculum est emptoris, diese Zeitschr. 41, 158 mit Note 1.

XVI.

Die Aquilianische Stipulation.

Von
Herrn Professor **M. Wlassak**
in Wien.

Von den Juristen der römischen Republik steht uns kein anderer so greifbar und lebendig vor Augen wie Ciceros vertrauter Freund Gaius Aquilius Gallus. Sein öffentliches Leben zeigt ihn als Verfasser vieler Gutachten und Rechtsformeln, als hülfsbereiten und schlagfertigen Anwalt, als Meister der Billigkeit und um deswillen als oft begehrten, hochgeschätzten Spruchrichter. Hingegen sein politischer Ehrgeiz mag nicht weit gereicht haben. Über die Prätur, die ihm die Leitung des Gerichtshofes in Sachen der Wahlbestechung brachte, ist er nicht hinausgekommen. Als ihm die Bewerbung ums Konsulat nahegelegt wurde, schützte er seine angegriffene Gesundheit und sein 'Richterkönigtum' vor: *suum regnum iudiciale.* Anscheinend wollte er damit auf seine große Beliebtheit als Richter hinweisen, worin ihm kein zweiter gleichkam, während er die höchste Amtsmacht mit einem gleichgeordneten Kollegen hätte teilen müssen. Auch in seinem Privatleben gab es etwas ihn Auszeichnendes, worin er alle seine Mitbürger übertraf: sein prächtiges Haus nämlich, das er auf dem Viminalischen Hügel erbaut hatte, und das nach allgemeinem Urteil der Zeitgenossen weitaus das schönste in der Stadt Rom war. Plinius der ältere behauptet sogar, dieses Gebäude habe seinem Eigner mehr Ruhm eingetragen als seine viel bewunderte Jurisprudenz.

Das Gedächtnis des guten Aquilius, den Cicero als geborenen Juristen und als Musterbild des rechtschaffenen Bürgers feiert, ist auch heute nicht ganz erloschen. Die Literargeschichte verzeichnet ihn, der vielleicht Schriftstellerei gar nicht betrieben hat, als letzten Vertreter der alten Kautelarjurisprudenz, die Rechtsgeschichte aber als

erfolgreichen Neuerer, aus dessen Hand die Prozeßformel wegen arglistiger Schädigung hervorging. Und selbst unsere jungen Studiosen, denen manchmal 'Papinian' ein hohler Schall ist, kennen häufig gerade seinen Namen, weil er an einem Stipulationsschema haftet, dessen erster Entwurf ihm, dem Gaius Aquilius zugeschrieben wird.

In merkwürdigem Gegensatz zu dieser Berühmtheit — wenn das Wort hier erlaubt ist — steht die Gleichgültigkeit, welche die nachrömische Wissenschaft dem Text der genannten Stipulation, fast ausnahmslos, zuteil werden ließ. Fehlt schon in der Glosse eine Erläuterung, die sämtliche Stücke des Formulars beträfe, so haben auch die späteren Gelehrten diese Lücke niemals ausgefüllt, weder die großen Franzosen des 16. Jahrhunderts, noch ihre Nachfolger in Holland, noch die deutschen Juristen der historischen Schule. Namentlich die wichtigste Frage, wie sich die drei ersten Absätze der Stipulation zueinander verhalten, ist meines Wissens nirgends besprochen. Auch sonst ist die Ausbeute, die eine Prüfung der mir zugänglichen Literatur[1]) ergab, äußerst gering, wenn nur das genannt werden soll, was nicht ganz wertlos ist.

Bei weitem das Förderlichste sind nach meinem Urteil die wenigen Bemerkungen, mit denen Barnabas Brissonius[2]) den Aquilischen Text begleitet. Das Meiste davon ist von J. G. Heineccius[3]) in sein bekanntes Syntagma übernommen und durch ein paar eigene Zutaten vermehrt. Dagegen bietet ein Aufsatz von G. Maiansius[4]), der ein Kommentar

[1]) Von Schriften des ausgehenden 18. und des 19. Jahrhunderts nenne ich Hugo, Civilist. Magazin 2 (1797), 423f. (gibt eine Übersetzung der Aquil. Stip. ins Deutsche); Savigny, Recht des Besitzes [6] 86; System 5, 606f.; Du Roi, Arch. f. zivil. Praxis 6 (1823), 433—35; E. Schrader, Institutionum libri IV zu I. 3, 29, 2; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte 2, 744. 1034; E. Cuq, Institutions jurid. 2 (1902), 530, 2.

[2]) In der Abh. De solutionibus et liberationibus, die abgedruckt ist in den Selectarum ex iure civ. antiquitatum libri IIII (Frankfurt 1587) und in Opera minora ed. Trekell (1749). In der ersteren Ausgabe ist die Stip. Aquil. behandelt p. 163f., in der zweiten p. 142f.

[3]) Antiquitatum rom. Syntagma ed. Mühlenbruch (Frankfurt a. M. 1841) p. 593f.

[4]) Ad XXX iuris consultorum fragm. commentarii 2, 121—24 (Genevae 1764).

zu D. 46, 4, 18, 1 sein will, lange nicht so viel wie Brissonius. In neuerer Zeit ist von unseren Gelehrten[1]) wiederholt auf die Unterschiede aufmerksam gemacht, welche das in die Institutionen (3, 29, 2) eingeschaltete Formular gegenüber der von Florentin in den Pandekten mitgeteilten Fassung auszeichnet, und zugleich die Frage aufgeworfen, was als echter von G. Aquilius entworfener Text zu gelten habe. An die Deutung des Wortlauts — übrigens nicht des ganzen — ist von den Romanisten der jüngsten Vergangenheit bloß F. Eisele[2]) herangetreten, ohne jedoch meiner Meinung nach Haltbares aufzustellen. Durch diesen Versuch angeregt, hat sich flüchtig auch F. Kniep[3]) mit der Aquilischen Stipulation beschäftigt. Endlich ist noch Huschkes[4]) zu gedenken, der sich ebenso wie nach ihm Alibrandi[5]) um den hier zu erörternden Gegenstand verdient gemacht

[1]) So u. a. von Salpius, Novation und Delegation 165; Leist-Glück, Pandekten, Ser. d. B. 37. 38 I, 394f.; Pernice, Labeo [2] II, 2 S. 68; Ubbelohde-Glück, Pand., Ser. d. B. 43. 44 I, 336, 18; Girard, Manuel [5] 342, 1 und 715, 1.

[2]) Cognitur und Procuratur 33f. Zugestimmt hat Seckel bei Heumann [9] S. 424, während Kniep, Societas publ. 1, 455f. und Mitteis, Privatrecht 1, 91, 57 Bedenken äußern.

[3]) Gai instit. comment. III § 88ff. S. 382ff.

[4]) Schon in die 1. Aufl. der Iurisprudentia Anteiustiniana (1861) ist unter Z. 14 (pag. 741, in der 5. Aufl. pag. 873) eine die Stip. Aquil. betreffende Äußerung des ἥρως Πατρίκιος aufgenommen.

[5]) In einer Abh. aus dem J. 1864, in den Opere giuridiche 1, 51f. — Die übrigen griechischen Quellen, die hergehören, sind mit Ausnahme von Theophilus Inst. 3, 29, 2 ohne Eigenwert. Anzuführen sind folgende: Bas. 26, 6, 18 und 26, die Labbésche Glosse Ἀκουϊλιανή (in Otto, Thesaurus [2] III p. 1710f.) und das von A. Mai aufgefundene, zuletzt (1829) in Haubold, Opuscula academica II, 347ff. (über unsere Stipulation: p. 356) abgedruckte Fragmentum graecum de obligationum caussis et solutionibus, inprimis de stip. Aquilliana. Die Abhängigkeit dieser Schrift von Theophilus ist schon von Haubold (a. a. O. II, 358f. 366f.) richtig erkannt; vgl. auch H. Erman, Zur Geschichte der röm. Quittungen (1883) 29, 1. — Ohne Bedeutung für meine Aufgabe sind die an Pap. D. 2, 15, 5 anknüpfenden Basilikenscholien: sch. 1 zu B. 11, 1, 35; sch. 1 zu B. 11, 2, 4; sch. 3. 4 zu B. 11, 2, 9; vgl. dazu Zachariae, Sav.-Z. R. A. 6, 40ff.; G. Rotondi, Bullettino d. IDR XXIV (1911) 37f.; Partsch, Götting. gel. Anzeigen 1915, S. 432f. — Aus einem Pap. Brit. Mus. 2017, der die Ἀκυλιανή erwähnt, teilt E. von Druffel, Papyrologische Studien (München 1915) 70 einige Zeilen mit.

hat durch Hinweisung auf eine sehr erhebliche byzantinische Quelle. Welcher Nutzen aus ihr gezogen werden kann, das ist weiter unten ausführlich zu erweisen.

Zunächst sind aber genauer die Grenzen für die gegenwärtige Untersuchung zu bestimmen, die eingehalten werden müssen, weil gemäß dem Plane dieser Festgabe nur beschränkter Raum zur Verfügung steht. Von der *stipulatio Aquiliana* also soll hier die Rede sein und bloß von ihr, nicht auch von der *acceptilatio*, die aller Wahrscheinlichkeit nach schon Aquilius ihr angehängt hat, und die im römischen Leben so sehr mit ihr verwachsen war, daß zuweilen mittels Ausdruckskürzung '*stipulatio*' auch das zweite Stück des Geschäftes mitbefaßt.[1]) Übrigens war ohne Zweifel die Aquilianische Stipulation auch als selbständiger Rechtsakt verwendbar, wenn A^s A^s ohne Erlaßabsicht alles, was er von N^s N^s zu fordern hatte, in eine einzige Obligation zusammenfassen wollte.

Zweimal ist die dem Aquilius zugeschriebene Stipulation in unseren juristischen Quellen überliefert und beide Male in einer Gestalt, die zu denken gibt und Erklärung heischt. Während die Anfangssätze so lauten, wie sie A^s A^s im einzelnen Fall auszusprechen hatte, der Fragende also in der ersten Person erscheint und der Gegner mit *tu* angesprochen wird, überrascht uns der Schlußsatz durch eine völlig abweichende Form, indem er so stilisiert ist, wie eine objektiv gefaßte Zeugnisurkunde über die fertige Stipulation berichten müßte.[2]) Diese auffallende Vereinigung ungleichartiger Teile[3]), die auch bisher kaum unbemerkt bleiben

[1]) Belege dafür bei Cujaz, Observ. 5, 36. Der Schluß, den C. Bertolini, Della transazione (1900) 254f. aus diesem Sprachgebrauch ableitet, ist keineswegs zwingend. Vielmehr trete ich oben im Texte Ortolan bei, den Bertolini a. a. O. bekämpft.

[2]) Vgl. etwa die Stipulationsurkunden bei Bruns, Fontes ⁷ I S. 329ff. 352; Bremer, Iurispr. Antehadriana I, 117f.

[3]) Nicht ohne weiteres vergleichbar — weil sie gar nicht Formular sein will — ist die dem Juristen Scaevola l. 28 dig. 121 D. 45, 1, 122, 2 vorgelegte Stipulationsurkunde, die von Flavius Hermes zunächst subjektiv stilisiert ist *(Si hominem, . . . quem . . . dedi, a te . . . liberatus non erit)*, während die Schlußwendung lautet: *stipulatus est Flavius Hermes, spopondit Claudius.*

konnte, soll hier nur verzeichnet werden, weil die Untersuchung über den Inhalt der Stipulation nicht hinausgreifen wird.

Endlich ist noch eine Beschränkung der Aufgabe nötig, die selbst ein Stück des stipulierten Inhalts von der Erörterung ausschließt. Die Novation, welche Aquilius in die Wege leitet, ersetzt die vorgefundenen Schuldverhältnisse durch eine einzige Geldobligation. Weshalb aber dieser Umsatz in Geld? Nimmt man sofortige Aufhebung der neuen Schuld durch Akzeptilation an, so scheint die Umwandlung des Gegenstandes ziemlich belanglos zu sein. Daß sie noch notwendig war, um das erforderliche *aliquid novi* besser zu sichern, wird schwerlich jemand glauben wollen. Doch wurde vielleicht das Geschuldete um deswillen in Geld ausgedrückt, weil nur so eine einheitliche Leistung für die neue Obligation zu beschaffen war. Sehr möglich auch, daß schon der unentwickelte Stand des Stipulationsrechtes der Republik den Aquilius Gallus gezwungen hat, den Umsatz in Geld anzuordnen. Jedenfalls wäre ein tieferes Eindringen in die Geschichte der Stipulation unausweichlich, wenn die zuletzt angeregte Frage eine hinreichend begründete Antwort finden sollte. Auf so weit aussehende Forschungen aber muß hier begreiflich verzichtet werden.

I.

Die zu erklärenden Texte mit ihren Abweichungen überblickt man am leichtesten, wenn sie auf demselben Blatte einander gegenübertreten. Die einzelnen Absätze, wie ich sie annehme, sind im folgenden deutlich geschieden. Was im Texte rechts hinzugefügt ist oder anders lautet als im links stehenden, ist im Druck hervorgehoben.

Florentinus libro VIII. institutionum 21 D. 46, 4, 18, 1.	Inst. quib. mod. obligatio tollitur 3, 29, 2.
Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve	***Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve***

quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve	*quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit*
quodve tu meum habes tenes possides:	*quodque tu meum habes tenes possides possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas:*
quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius.	*quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius.*

Wenn eine Literatur, die mehr als acht Jahrhunderte zählt und oft selbst das Kleinlichste liebevoll gehegt hat, dem hier mitgeteilten Texte immer wieder aus dem Wege ging, so kann dies gewiß nichts Zufälliges sein. Der Grund des Stillschweigens ist auch leicht zu entdecken. Das Rätsel, das man nicht zu deuten wußte, ließ man eben beiseite liegen. Und praktisch gerichtete Juristen hatten auch keine Ursache, über die unausgefüllte Lücke zu klagen. Was die Stipulation des Aquilius bezweckt und wie ihre Wirkung mit oder ohne Akzeptilation ist, das wußte man ganz gut, auch wenn man den formulierten Text nicht verstand. Nur für den geschichtlich Forschenden war und ist diese Unkenntnis ebenso ärgerlich wie beunruhigend. Daher treibt schon ein Endchen Hoffnung dazu an, dem Wagnis näherzutreten, mag es auch schlimm ausgehen und gar Tadel eintragen. Mindestens eines dürften wohl die heutigen Gelehrten vor den älteren voraushaben: die weit größere Sorgfalt, mit der sie die Sprache beachten, die ihnen die Kunde der römischen Ordnungen vermittelt. Wie es ihnen nicht selten glückt, aus Feinheiten des Ausdrucks sachlich wertvolle Schlüsse zu ziehen, so ist es anderseits ganz unabweisbar, die oft handgreifliche Unzulänglichkeit der römischen Rechtssprache stets im Auge zu behalten und sie überall richtig zu würdigen. Dazu gehört vor allem eine entschiedene Preisgabe des bei den Juristen noch recht verbreiteten

Kinderglaubens, daß das nämliche Wort ohne weiteres den nämlichen Sinn verbürge. Nicht minder schädlich aber ist es, wenn bei der Behandlung römischer Dinge für sie immer nur die lateinischen Namen gebraucht werden, und es demnach den Lesern überlassen bleibt, sich bei dem Fremdwort jeweilen das Richtige oder auch nichts zu denken. '*Actio*' z. B., eines der schwierigsten Wörter im Munde der Klassiker, das sich hier sofort aufdrängt, weil es gewichtig und fragwürdig in der Aquiliana erscheint, kann geradezu als Muster dafür gelten, wie hülflos man zuweilen der römischen Überlieferung gegenüberstand. Und nicht bloß die schon gerügten Fehler treffen in den Büchern und Kapiteln zusammen, die von der römischen *actio* handeln; noch ein weiterer kommt hinzu, der geeignet war, die Verwirrung zu vollenden. Die Pandektisten begriffen sehr bald, daß sie für das lateinische Wort ein deutsches setzen müssen. Ihre Wahl fiel auf den Ausdruck 'Klage'.[1]) Soweit aber damit Prozessualisches bezeichnet werden soll, ist dieser deutsche Ersatz dem römischen Vorbild gewiß so unähnlich wie möglich. Und aus welcher Rechtsordnung soll denn diese 'Klage' der Romanisten entlehnt sein? Niemand wußte es zu sagen, von wannen sie gekommen war, und niemand wußte auch Bescheid, welcher Akt im klassischen Prozeß der Römer 'die Klage' gewesen war.

[1]) Wie benebelnd die vieldeutige 'Klage' wirken kann, das zeigt noch 1918 E. Levy, Konkurrenz 1, 74, 7. Dieser Gelehrte, der meinen Anschauungen sonst sehr nahe steht, findet es 'etwas hart', von einer zivilen Konsumption sprechen zu müssen, 'wo eine honorarische Klage als konsumierend oder konsumiert auftritt'. Nun ist aber nach klassischem Recht zur Konsumption eine Handlung erforderlich. Weder die Klage = Formel, noch die Klage = Klagerecht hat konsumierende Kraft; ebensowenig endlich die Klage = Klagerhebung; letztere aus dem Grunde nicht, weil der Formelprozeß keinen Vorgang kennt, der so genannt werden dürfte. Bekanntermaßen knüpft sich die Konsumption vielmehr an die Streitbefestigung, und diese ist 'zivil', wenn sie beim Dasein gewisser Voraussetzungen unter die Bestimmungen der L. Aebutia-Iulia fällt. Levy aber, der Gai. 4, 109 anruft, hat offenbar, wenn er von der 'konsumierend auftretenden honorarischen Klage' spricht, die prätorische Formel im Auge. Er verwechselt also trotz Gai. l. c. und dem Autuner Kommentar wieder *iudicium* und *actio*, Prozeß und Prozeßmittel. Vgl. jetzt auch Wlassak, Judikationsbefehl (Wien 1921) 282ff.

Mit der redlichen Absicht, methodische Fehler zu vermeiden ist freilich noch lange nicht die Gewähr beschafft, daß es gelingen werde, eine so ausnehmend schwierige Aufgabe in éinem Anlauf zu bewältigen. Nur ein erster, tastender Versuch soll hier gewagt werden. Vielleicht macht er es doch später Kommenden leichter, Besseres zu vollbringen.

II.

Dem dunklen Text der Aquiliana gegenüber möchte man zuallererst fragen, ob uns nicht die römischen Klassiker selbst — wenigstens im allgemeinen — Auskunft erteilen über den Inhalt des Formulars? Einige Anhaltspunkte für die Erschließung des Kerns sind in der Tat gegeben.

Von einschneidender Bedeutung ist es, wenn uns gesagt wird: die Aquiliana noviert, und diese Novation hat Obligationen zum Gegenstand. So äußert sich Ulpian l. 46 ad Sab. 2930 D. 2, 15, 4[1]):

> *Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et peremit ipsaque peremitur per acceptilationem:*
>
> *et hoc iure utimur. ideoque etiam legata sub condicione* ⟨per damnationem⟩ *relicta in stipulationem Aquilianam deducuntur.*

Der erste Satz ist mit großer Wahrscheinlichkeit auf Masurius Sabinus selbst zurückzuführen[2]); erst mit *et hoc iure*... setzt eine erweiternde Bemerkung von Ulpian ein, die nach dem Zusammenhang bloß auf Damnationslegate gemünzt sein kann. Denn der 'allgemeine obligatorische Legatsanspruch' ist — wie ich anderwärts[3]) zu zeigen bemüht war — nachklassischen Ursprungs und in die Pandekten erst von Tribonian eingeflickt. Daher sind die von Ulpian hinzugefügten Worte nicht etwa eine Abschwächung, sondern eine Fortentwickelung dessen, was Sabinus aufstellt. Ulpian wird es auch nicht verschwiegen haben, daß er bloß

[1]) Lenel, Pal. 2, 1182, 7 vermutet, daß diese Stelle in Verbindung stand mit Ulp. 2929 D. 46, 2, 8, 1.

[2]) So F. Schulz, Sabinus-Fragmente (1906) 88f.

[3]) Sav.-Z. R. A. 31, 225—30. Dazu aus jüngster Zeit (1920) U. Coli, Lo sviluppo delle varie forme di legato (Roma) 161—169.

ans Damnationslegat denkt. Vermutlich ist der einschränkende Zusatz[1]), der darauf hinwies, erst im Pandektentexte verschwunden.

Gleichen Inhalt wie die von Sabinus aufgestellte Behauptung hat ein Reskript von Diokletian (C. 8, 43, 3) aus dem Jahre 294:

> *Per Aquilianam stipulationem pacto subditam obligatione praecedente sublata et acceptilatione, quae fuerit inducta, perempta ei, qui ex nulla causa restitui potest, omnis agendi via praecluditur*

und ebenso die Einleitung, — klassischen Ursprungs[2]) — welche Justinians Institutionen 3, 29, 2 dem unmittelbar folgenden Aquilischen Formular voraufschicken:

> *Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est . . .*

Diese Zeugnisse lassen sich noch beträchtlich vermehren, wenn die Äußerungen der Juristen hinzugenommen werden, die den Begriff der Novation bestimmen und als zu novierenden Gegenstand eine *obligatio*, ein *debitum* und das, was einer schuldet *(quod debetur, dare oportet, ex vendito dare facere oportet)* anführen. Nur beispielsweise sei hingewiesen auf Ulpian oder, wie F. Schulz[3]) annimmt, auf Sabinus, für den die Novation eine Transfusion ist *prioris debiti in aliam obligationem*, auf Gaius 2, 38 und 3,176: *novatione*

---

[1]) Ein solcher war meist unentbehrlich, weil für die Klassiker '*legatum*' schlechtweg das Dolego-Vermächtnis anzeigt; s. Sav.-Z. R. A. 31, 205f. 230f., 3. — Das Legat *sinendi modo* gehört schon im 2. Kaiserjahrh. im weiteren Sinn zu den 'Damnationen'; s. Gai. 2, 209—215, Sav.-Z. R. A. 31, 198. 218. 219 A. 1.

[2]) Ferrini, Bull. IDR XIII, 185f. macht auf die durchaus gaianische Ausdrucksweise aufmerksam und vermutet die Res cottidianae als Quelle. Zocco-Rosa, Inst. Palingenesia 2, 250f. kann nur zugegeben werden, daß die Urheberschaft des Gaius nicht erwiesen ist. Dagegen halte ich es für ausgeschlossen, daß der Institutionentext durch Umarbeitung von Florentin D. 46, 4, 18, 1 entstanden ist.

[3]) A. a. O. 88.

tollitur obligatio, auf Celsus, Pomponius, Paulus, Ulpian, Florentin und wieder auf Gaius, die alle im Digestentitel 46, 2 durch Novation eine *obligatio* erlöschen lassen.

Wenn abwechselnd mit *obligatio* auch *actio*[1]) gebraucht wird, um das zu Novierende anzuzeigen, so geht dieser zweite Ausdruck durchaus auf dasselbe wie der erste. '*Actio*' ist hier wie oft im engeren[2]) Sinne gesetzt, genau in der Bedeutung, die uns Celsus recht deutlich einprägen möchte, wenn er sagt: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur*[3]) *iudicio persequendi.* Nichts anderes also ist die '*actio*' als das Recht, das Geschuldete — wenn nötig — durch Prozeßbegründung (*iudicio*) zu verfolgen; m. a. W. die vollwirksame[4]) Obligation, von der Gläubigerseite her gesehen, dasselbe, was wir heute Forderungsrecht[5]) nennen.

---

[1]) Das Vocab. iurispr. rom. 1, 122 nennt fünf Belege: Cels.-Ulp. D. 46, 2, 8, 3 (*actio iudicati* — nebenbei ein Zeugnis für *obligatio* = *actio*), Pomp. D. 46, 2, 23, Pap. Fr. Vat. 263 aus l. 12 resp. (gibt keine erschöpfende Aufzählung der Übertragungsakte, sondern nur in betreff derjenigen *bona*, die in dem beurteilten Falle gerade in Betracht kamen — auch für F. Schulzens These in 'Einführung' (1916) 82f. ist das resp. kaum zu gebrauchen), Ulp. D. 18, 4, 2, 8 (ebenfalls ein Zeugnis für *actio* = *obligatio* — für Seckel, Haftung de peculio 39, 4 eine Stelle voll Schwierigkeit, die gar nicht in der Sache liegt), Paul. D. 46, 2, 29 (*tutelae actio*).

[2]) Über *actio* = *a. in personam* (im Gegensatz zur *vindicatio*) s. Pauly-Wissowa, R.-E. I 306f. 313; übereinstimmend Mitteis, Privatrecht 1, 89.

[3]) Vgl. Sav.-Z. R. A. 33, 90, 1.

[4]) Die natürliche Verbindlichkeit, insbesondere die der Sklaven ist im wahren Sinne keine '*obligatio*': s. z. B. Gai. 3, 104, Paulus D. 44, 7, 43, Ulp. D. 50, 16, 10; dazu Pauly-Wissowa, R-E. I 307. Überzeugend hat Gradenwitz, Natur und Sklave 9. 10. 13 den echten Text von Julian D. 46, 1, 16, 4 so hergestellt: . . . *nam licet minus proprie debere dicantur servi, per abusionem intellegi possunt debitores.*

[5]) Wenn '*obligatio*' den Rechtszwang nicht weniger einschließt als '*actio*', so ist es unrömisch, mit Levy, Konkurrenz 1, 63, 5 aus der Konsumption der einen die der anderen 'folgern' zu wollen; denn die genannten Ausdrücke decken sich völlig. Das Herausdestillieren der Klagmacht aus der Forderung ist unklassisch, dem Celsus (D. 44, 7, 51) gewiß noch unbekannt und erst durch die Theodosische Verjährung nahegelegt. Indes glaubt mich Levy mit Gai. 4, 131a schlagen zu können: . . . *totius illius iuris obligatio illa incerta actione: quidquid . . . pe(r inten)tionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua pos-*

Der Stand der römischen Überlieferung in Sachen des freiwilligen Neuerungsvertrags deckt sich übrigens fast völlig mit dem, was über die unter Einlassungszwang stehende gerichtliche Novation ausgesagt wird. Wie dort so bezeichnen die Klassiker auch hier als Gegenstand der Konsumption überaus häufig die *obligatio*[1]) und daneben wieder die *actio*, nämlich die *in personam* gerichtete; und wie dort Ulpian die Novation als Transfusion eines *debitum* definiert, so beschränkt Gaius (3, 181. 180) auch die Prozeßkonsumption auf den Fall: *si legitimo iudicio debitum petiero* und drückt den Erfolg der Streitbefestigung mit den Worten aus: *tollitur obligatio*, wozu er noch deren Inhalt hinzuschreibt und durch '*dare debitorem oportere*' kennzeichnet.

Obligationen als Gegenstand, den die Aquiliana zum Zwecke der Novation ergreift, das ist nicht das einzige, was die Alten selbst beitragen, um das Verständnis des Formulars zu fördern. Auch die weitere Frage, welche Obligationen zwischen $A^s A^s$ und $N^s N^s$ von der Stipulation erfaßt werden, bleibt nicht unbeantwortet.

Die hergehörigen Zeugnisse bedürfen gar keiner Erläuterung und sind oben bereits mitgeteilt. Sabinus (D. 2, 15, 4) unterwirft der Novation schlechthin *(omnimodo) omnes praecedentes obligationes*. Ebenso sagen die Institutionen l. c. von der Aquiliana: *novat omnes obligationes* und beziehen nochmals das *in stipulatum deduci* auf *omnium rerum obligatio*.

Vergleicht man dann mit diesen klaren Aussprüchen den Wortlaut des Formulars, so kann unser Urteil nur lauten, daß Sabinus und die ihm folgenden Juristen zwei-

---

sessione tradenda nulla supersit actio. Hier könne '*actio*' nur 'Klagrecht' bedeuten! Ich aber empfehle, die celsinische *actio* heranzuziehen. Muß dér nicht den Prozeß verlieren, dem keine gerichtlich verfolgbare Forderung mehr zusteht (cui nulla superest actio)? Sicher unrichtig ist es auch, '*per intentionem*' auf den Formelteil zu beziehen. Gemeint ist vielmehr die konsumierende Handlung: das *intendere* = *agere*; s. Gai. 4, 53a. 54. 55. 56. Auf weitere Auseinandersetzung mit Levy muß ich, um Raum zu sparen, hier und im folgenden verzichten.

[1]) S. Sav.-Z. R. A. 33, 90, 1; dazu die Belege (mit anfechtbaren Deutungen) bei Levy a. a. O. 1, 63ff.

fellos die richtige[1]) Auslegung vertreten. Die Anfangsworte jedes der drei Absätze: 1) *quidquid . . . ex quacumque causa* 2) *quarumque rerum ... quaeque* 3) *quodve (quodque)* schließen deutlich eine Einschränkung aus. Widerspruch gegen Sabinus wäre also nur statthaft, wenn — was erst später zu erwägen ist — der Inhalt der drei Absätze zusammengenommen nicht das ganze Gebiet der Schuldverhältnisse erschöpfen sollte. Schon hier aber ist die Methode abzuweisen, die Savigny[2]) anwendet, um zu zeigen, daß 'Schulden aus Diebstählen oder anderen Delikten' durch die Aquilische Stipulation nicht berührt wurden.

Von der klaren Überlieferung scharf abweichend leugnet, wie es scheint, der Altmeister für den Gesamttext der Stipulation eine 'Beziehung auf Obligationen' und nimmt eine solche bloß im ersten Absatz als vorhanden an. Da nun dieser offenbar weder Deliktsansprüche befaßt, die mit *formula in factum concepta* geschützt waren, noch selbst den zivilen Strafanspruch gegen den Dieb auf *damnum decidere oportere*, so mußte Savigny allerdings dahin gelangen, die Aquiliana nur auf kontraktliche und andere Geschäftsobligationen zu beziehen. Ob aber der Urheber dieser Deutung ihr besonderes Gewicht beilegte, das darf man billig bezweifeln. Denn sie ist doch mehr im Vorbei-

---

[1]) Papinian l. 1 def. 30 D. 2, 15, 5 glaube ich hier beiseite lassen zu dürfen. Denn die in dieser Stelle gebilligte Auslegung ist augenscheinlich eine den wohlüberlegten Text berichtigende. Sie bezieht sich ferner nur auf *lites* und ist endlich gewiß nicht die ursprüngliche, da, wie der Schlußsatz (den Beseler, Beitr. 4, 59 zwischen Klammern stellt) durchblicken läßt, die *liberalitas captiosa* von den Prudentes erst 'gebrochen' werden mußte; vgl. auch Rotondi, Bull. IDR XXIV, 37. In dem begründenden Relativsatz *(quae ex consensu redditur)*, den ich für echt halte (s. meine Abwehr gegen Ph. Lotmar 23. 15), steckt m. E. ein Hinweis auf das bei den prätorischen Stipulationen vorkommende, für die Vertragswirkung maßgebende *reddere* der Magistrate. Papinian will sagen: bei den Verkehrsstipulationen geht dieses *reddere* von den einig gewordenen Parteien selbst aus. Die Übereinstimmung ihrer dem Stipulationsakt voraufgehenden *(e x consensu!)* Willensbestimmungen ist also nach Papinian die Hauptquelle für die Ermittelung des rechtlich in Betracht kommenden Vertragsinhalts. Näheres (aus Anlaß von Paul. D. 45, 1, 83, 1) in meiner Abwehr 20—24.

[2]) System 5, 606f.



gehen aufgestellt und weder genauer ausgeführt noch durch eine Begründung gefestigt. Namentlich bleibt es völlig im dunkeln, welchen Inhalt Savigny dem zweiten und dritten Absatz zuschreiben wollte.

Um die Stipulation des Aquilius in allen ihren Teilen zuverlässig zu erfassen, dazu reichen die Belehrungen, die uns die Klassiker selbst erteilen, nicht völlig aus. Behalten wir aber diese wichtigen Nachrichten fest im Auge, so dürfte wenigstens ein allzu grobes Abirren vom Richtigen nicht weiter zu besorgen sein.

III.

Von den drei Absätzen des Formulars, die oben (S. 398 f.) angenommen sind, macht der erste am wenigsten Schwierigkeiten. Zunächst steht jedenfalls eines unbestreitbar fest: Absatz I bezieht sich auf alle aus Geschäften stammenden Schuldverhältnisse des *ius civile*, die gerichtlich mit einer in der Intentio inzert gefaßten Formel einzufordern waren. Ob die zu gebrauchenden *concepta verba* auch die Klausel '*ex fide bona*' enthielten, oder ob diese fehlte, das ist nach dem Formular gleichgültig. Der Text des ersten Absatzes befaßt also nicht bloß die der Billigkeit unterstellten Obligationen, sondern ebenso die inzerten Schulden aus Stipulationen und Damnationslegaten. Anderseits ist die Einschränkung auf Rechtsverhältnisse zivilrechtlicher Art durch das '*oportet oportebit*' ganz außer Zweifel gesetzt.

Hingegen ist es trotz des '*quidquid*' durchaus nicht sicher, ob nicht auch Obligationen auf ein *certum* mit ergriffen sein sollen. Nur wenn sich Aquilius eng an den Wortlaut der Prozeßformeln anschließen wollte, wäre die Frage allerdings zu verneinen. Doch ist es gar nicht unstatthaft, das *quidquid* anders zu verstehen: es dem Wortsinn gemäß darauf zu beziehen, daß der Gegenstand der zivilrechtlichen Schuld schlechthin gleichgültig sein soll, mithin ebensogut auch ein *certum* sein kann.

Wer diese Auslegung wählt, muß freilich eine kleine Ungenauigkeit in Kauf nehmen. Denn wo ein *certum* geschuldet war, geht die Verbindlichkeit nach römischer Ausdrucksweise nur auf *dare*, nicht — wie die Aquiliana lautet

— auf *dare facere*. Indessen scheint auch dieser Anstoß keineswegs unüberwindlich zu sein. Hatte das *quidquid* des Aquilius keinen Zusammenhang mit dem *quidquid* der Prozeßformeln, so kann uns nichts hindern, das *dare*, alleinstehend gedacht, auf Fälle der *intentio certa* zu beziehen und hinwieder das verbundene *dare facere* auf Fälle der *actio incerta*.

Kräftig unterstützt wird diese Auffassung durch die das *quidquid dare facere oportet* ergänzenden Worte: *ex quacumque causa*. Denn der Hinweis auf verpflichtende Tatsachen 'jedweder[1]) Art' wäre übel angebracht oder doch mißverständlich, wenn Obligationen auf Grund solcher *causae*, die Forderungen auf ein *certum* hervorbringen (wie Darlehn, Literalkontrakt), dem ersten Absatz zufolge von der Novation hätten unberührt bleiben müssen. Für die Annahme endlich, daß die *quaecumque causa* erst nach Aquilius oder gar in nachklassischer Zeit eingeschaltet sei, sehe ich nicht den geringsten Anhalt.

Eher möglich wäre es, die Ursprünglichkeit des Zusatzes '*praesens in diemve*' anzuzweifeln. Was das Formular ausdrücken will: die Erstreckung der Novation auf noch befristete[2]) Forderungen, das ist schon durch das Wort *oportebit* hinreichend gesichert. Und zum Überfluß berichtet auch Paulus l. 18 ad ed. 285 D. 45, 1, 76, 1, daß die Stipulationsparteien freie Wahl haben zwischen dem Gebrauch des Futurums und den Worten '*praesens in diemve*'. Dessenungeachtet wird es sich empfehlen, mit Zurückhaltung zu urteilen. Die Verfasser von Rechtsurkunden und Formularen lieben es, sich nach der alten Weisheit zu richten: doppelt genäht hält besser. Auch der kavierende Aquilius Gallus kann so gedacht haben.[3])

---

[1]) Unrichtig will Brissonius, Antiquit. libri IIII (1587) p. 163 hier auch Delikts- und Quasideliktsobligationen einordnen.

[2]) Wie sich die Juristen die Wirkung der Aquiliana auf eine bedingte Obligation dachten, das zeigt Ulp. l. 46 ad Sab. 2930 D. 2, 15, 4. Wegen der Akzeptilation s. Ven. l. 11 stip. D. 46, 4, 21 (über '*novandi causa*' Levy, Sponsio 33f.); dazu aber Mitteis, Privatrecht 1, 290, 94.

[3]) Brissonius a. a. O. p. 163 urteilt über die Aquiliana: multa ex abundanti sunt adiecta.

Von welchem Gesichtspunkt der alte Jurist ausgehen mochte, als er die oben erwähnten Obligationen zu éiner Gruppe vereinigte, das wird sich erst feststellen lassen, sobald wir alle Teile der Stipulation kennen gelernt haben. Von vornherein darf man ja erwarten, in dem weiteren Texte auf etwas Neues zu stoßen, wodurch der Inhalt des ersten Stückes passend ergänzt wird. Dagegen wäre es m. E. zu viel verlangt, wenn alles, was hinzukommt, durchaus neu sein sollte. Die Aufgabe so stellen, daß den einzelnen Absätzen entsprechend drei Kreise zu ermitteln seien, die sich nirgends schneiden dürfen, das hieße den Ausleger zu einer geradezu unmöglichen Leistung verurteilen. Will man also einen Weg finden, der vielleicht zum Verständnis der Aquiliana führt, so wird es nicht als Fehler anzukreiden sein, wenn sich zeigen sollte, daß Absatz II zum Teil Dinge berührt, von denen schon in Absatz I die Rede war.

IV.

Der Text, der im folgenden zu behandeln ist, lautet: *quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te* (Inst.: *abs te*) *petitio vel adversus te persecutio est eritve* (Inst.: *erit*).

Diese Ausdrucksweise sticht sehr deutlich von dem ab, was unmittelbar vorausgeht. Dort ist die Obligation von der Schuldnerseite her erfaßt und so beschrieben, wie sie sich auch außergerichtlich darstellt; hier dagegen weist fast jedes Wort auf den Prozeß hin, und um die Obligation anzuzeigen, ist nicht die Verbindlichkeit, sondern bloß das Gläubigerrecht genannt.

Was zunächst das Textstück *quae adversus te petitio vel adversus te persecutio est* anlangt, so kann, wenn wir von der Grundbedeutung ausgehen, '*petitio*' wie '*persecutio, quae . . . est*', nur von rechtsverfolgenden Handlungen oder von dem Gegenstand verstanden werden, der sich zur Zeit im Rechtsstreit befindet. Durch das neben '*est*' gesetzte '*erit*' ist das *petere* und *persequi*, von dem wir hier sprechen, klärlich als etwas Gegenwärtiges bezeichnet. Die Umdeutung aber auf ein Recht zu sofortiger *petitio*

oder *persecutio* verbietet sich um deswillen, weil einerseits unsere Stipulation nach einem Ausspruch von Papinian (D. 2, 15, 5) auch *lites*, d. h. Prozeßobligationen, erfaßt und anderseits kein anderes Stück des Formulars: weder Absatz I noch Absatz III auf schwebende Prozesse bezogen werden kann.

Der '*petitio*' schickt Aquilius ein für uns noch schwierigeres Wort vorauf: die *actio, quae mihi tecum est.* Soll der ganze Satz von éinem Gedanken getragen, sollen nicht ungleichartige Dinge zusammengespannt sein, so muß hier *actio* in ungefähr gleichem Sinne genommen werden wie *petitio* und *persecutio.* Demnach wird nicht eine außergerichtliche *actio* gemeint sein, eine *actio* also, *quae mihi in* oder *adversus te competit,* sondern, wie Cicero es einmal (pro Rosc. com. 12, 35) ausdrückt, eine *lis contestata, quam tecum habeo.*[1])

Um diese Auslegung besser zu sichern, ist eine Ergänzung des Gesagten in zweifacher Richtung nötig. Einmal ist darzutun, daß wie Aquilius so auch die späteren Juristen das Wort *actio* für das durch Kontestatio geschaffene Rechtsverhältnis gebrauchen; und zweitens ist zu erklären, weshalb das Formular, um die Prozeßobligation zu bezeichnen, drei verschiedene Ausdrücke aneinanderreiht, statt sich mit éinem zu begnügen.

Wenn Gaius ad ed. praet. urb. 49 D. 50, 17, 139 pr. von *actiones* spricht, die *semel inclusae iudicio,* d. h. im Prozeßverhältnis eingeschlossen, *salvae permanent,* oder wenn Ulpian l. 23 ad ed. 706 D. 50, 16, 36 — vermutlich vom *litem suam facere* des Richters handelnd — unter '*lis*' *omnem actionem* verstehen will *sive in rem sive in personam sit,* so kann man darin zur Not eine etwas lässigere Ausdrucksweise finden. Mit vollem Bewußtsein aber ist *actio* für die kontestierte Forderung gesetzt von Ulpian in l. 49 ad Sab. 2964 D. 18, 4, 2, 8, wo über die Verpflichtungen des Erbschaftsverkäufers, der nach dem üblichen Schema promittiert hat, folgendes gesagt ist:

---

[1]) Vgl. auch Gallus Aelius bei Fest. p. 273: *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit sive cum eo actum est.*



etiam eas obligationes quas ipse heres constituit dicendum erit praestari emptori debere . . . sed et si novaverit vel in iudicium deduxerit actionem, praestare debebit hanc ipsam actionem quam nactus est.[1])

Wie hier, so ist auch in drei anderen Stellen die in Frage stehende Bedeutung von '*actio*' so gut gesichert, daß nähere Erläuterung der Texte gespart werden kann.

In dem Fall bei Javolen l. 14 ex Cassio 57 D. 9, 2, 37, 1 ist ein Tier, dessentwegen ein Prozeß *de pauperie* schwebt, von einem Dritten getötet worden:

Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est et cum eo lege Aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius — in quo de pauperie actio est [Glossem ?] — *referri debet et tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis Aquiliae quanti actoris interest noxae potius deditione defungi quam litis aestimatione.*[2])

Die zweiseitige Unvererblichkeit des Injurienanspruchs erörtert Ulpian in l. 57 ad ed. 1346 D. 47, 10, 13 pr.:

Iniuriarum actio neque heredi neque in heredem datur. idem est et si in servum meum iniuria facta sit: nam nec hic heredi meo iniuriarum actio datur. semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere.

Die im letzten Satz genannte vererbliche '*haec actio*' ist offenbar die mit der Injurienformel begründete Prozeßobligation.

Nicht Ulpian, sondern Julian[3]) gehört der vom erste-

---

[1]) Eine seltsam überspitzte Bemerkung ist es, wenn Seckel a. a. O. 39, 4 die 'rechtshängige Forderung' (römisch: das Recht des *actor* auf *condemnari oportere*) 'klaglos' nennt. Nach der Streitbefestigung ist ja der Gläubiger gerade mit der Fortsetzung des (unklaren) 'Klagens', d. h. als Angreifer mit der gerichtlichen Verfolgung seines Rechtes beschäftigt.

[2]) Dazu Ulp. D. 9, 1, 1, 16 (s. P. Krüger CIC I [13]; unecht ist wohl auch *quia — competit*), anderseits fr. 1 § 13 eod.; Mommsen, Strafrecht 833, 4.

[3]) Lenel, Pal. 1, 405 teilt dem Julian (dig. l. 33) vom fr. 7 D. 34, 3 bloß den Anfang bis § 2 und den § 5 zu, nicht den § 6, obwohl der In-

ren in l. 23 ad Sab. 2657 D. 34, 3, 7, 5 und 6 überlieferte Text:

. . . *quaerit Iulianus, si ab impuberis substituto sit liberatio relicta, deinde impubes exegerit quod debetur, an evanescat legatum? . . . . consequens est substitutum actione ex testamento teneri, si pupillus a debitore exegerit. Idemque est et si pupillus non exegerit, sed solummodo litem sit contestatus: teneri eum* (abhängig von einem gedachten: Iulianus ait), *ut remittat actionem.*

Kein Zweifel, auch in diesem § 6 nennt der Jurist das durch Streitbefestigung geschaffene Recht, dessen Erlaß gefordert werden kann, '*actio*'.

Die angeführten Zeugnisse[1]) dürften ausreichen, um Beweis zu machen für die vorgeschlagene Deutung der *actio quae mihi tecum est*[2]) im zweiten Absatz. Weshalb aber hat Aquilius neben die *actio* noch *petitio* und *persecutio* gesetzt? Daß auch dieses letztere Wort schon von ihm beigefügt sei, hat man[3]) allerdings bestritten. Denn *extra ordinem* verfolgbare Privatansprüche tauchen erst in der Kaiserzeit auf, und gerade auf sie beziehe Ulpian bei der

---

finitiv '*teneri*' auf einen anderen Autor als den berichtenden Ulpian hinweist. Vielleicht ist L. durch die neue und falsche Interpunktion Mommsens irregeführt, die den Text des § 6 in Unordnung gebracht hat. Das Richtige haben hier die älteren Ausgaben; auch Gebauer-Spangenberg. Dagegen will P. Krüger CIC I $^{11-13}$, der sicher Julian als Verf. des § 6 voraussetzt, *est* in *ait* verwandeln. Er übersieht, daß dieses *ait* nach *Idemque* unannehmbar ist.

1) Pomponius l. 4 ex Plautio 341 D. 42, 1, 24 pr. nenne ich nicht, obwohl nach dem Pandektentext der neben dem *fideiussor rei* (nomine) *acceptus* erwähnte *f. actionis* nur einer sein kann, der sich für die Prozeßobligation verbürgt hat; vgl. Ulp. D. 46, 1, 8, 3 (der erste Satz echt!). Nach Lenel, Pal. 2, 80, 6 wäre nämlich als Urtext, der später durch falsche Auflösung entstellt wurde: *rei uxoriae* anzunehmen (statt *rei vel actionis*); und dieser Vorschlag ist denn auch äußerst bestechend. Nur stimmt dazu nicht recht das auf die *persona, pro qua fideiussit* bezogene Kompetenzbenefizium (vgl. etwa Windscheid, Pand. II § 267, 10). Indes kann die allgemeine Regel des fr. 24 pr. Kompilatorenwerk und *persona — fideiussit* interpoliert sein.

2) Der *actio quae est* steht noch recht nahe die *actio quae cum aliquo constituitur* ('begründet wird'): Gai. 4, 87.

3) Girard, Manuel ^{5} 715, 1.

Erläuterung eines Kautionstextes, der jene Trias aufweist (l. 49 ad Sab. 2964 D. 50, 16, 178, 2), den Ausdruck '*persecutio*' ('*persecutionis*' *verbo extraordinarias persecutiones puto contineri)*. Indes geht diese Erwägung sicher fehl. Denn der Gebrauch der Dreiheit *actio petitio persecutio* ist für die letzte Zeit der Republik einwandfrei nachzuweisen durch den Auctor ad Herennium 2, 12, 18[1]), dessen Werk noch älter sein dürfte als die Aquilische Stipulation. Hingegen kommt Ulpians Auslegung, die übrigens recht zaghaft vorgetragen wird, für uns nur insofern in Betracht, als sie die Annahme unterstützt, daß den Severischen Juristen aus dem letzten Jahrhundert der Republik keine Überlieferung vorlag, aus der sie den besonderen Wortwert von '*persecutio*' entnehmen konnten. Hiernach hätte wohl Ulpian neben den zwei anderen Gliedern der Aufzählung das dritte für ursprünglich entbehrlich erklären müssen. Wie nahe er mit diesem Urteil dem Richtigen kam, das wird sofort eine Betrachtung der '*actio petitio*' zeigen.

Schon nach dem Sprachgebrauch der Juristen des zweiten Kaiserjahrhunderts wäre *agere*-*actio* für sich allein ausreichend gewesen, um jede Verfolgung von Privatrechten im ordentlichen Prozesse auszudrücken.[2]) Wenn sich dagegen in älterer Zeit das Bedürfnis geltend machte, neben *agere* ein ergänzendes Wort zu setzen, so bietet dafür die Geschichte des römischen Gerichtsverfahrens die gesuchte Erklärung.

In der Fachsprache der republikanischen Juriskonsulten war *agere* soviel wie *lege agere* und gar nichts anderes. Der zunächst im Fremdengericht aufgekommene, mit *concepta verba* kontestierte Prozeß war daher keine '*actio*', sondern selbst nach der Aebutischen Legalisierung ein '*iudicium*'. Ebensowenig waren die bloß auf prätorischer

---

[1]) *Quaeritur in translationibus primum, num aliquis eius rei actionem, petitionem aut persecutionem habeat,* . . . Wegen der Zeitbestimmung vgl. Wlassak, Ursprung d. Einrede 12.

[2]) Vgl. z. B. Paul. l. 24 ad ed. 408 D. 50, 16, 34 (der Zusammenhang, dem die Stelle angehörte, ist — wie Lenel bemerkt — nicht zu ermitteln): '*Actionis*' *verbo etiam persecutio continetur.* Näheres über die Bedeutungsentwickelung, von der oben der Text handelt, in meinen Prozeßgesetzen 1, 73ff.; dazu Ursprung d. Einrede 20—22.

Satzung ruhenden Prozeßmittel *actiones*; lieber nannte man sie *verba iudicii* oder kürzer ebenfalls *iudicia*. Daneben aber bot sich für die große Menge der obligatorischen Ansprüche, gleichviel ob sie schon in den Prozeß gezogen waren oder nicht, der Ausdruck *petere*[1]) und *petitio* dar; und brauchbar war dieses selbe Wort sogar für dingliche Prozesse, sofern ihnen nur — wie nach neuerem Recht — eine kondemnatorische[2]) Formel zugrunde lag.

Nun spielten sich zur Zeit des Aquilius gerichtliche 'Einforderungen' *(petitiones)* bald mit, bald ohne Legisaktio ab. Der juristischen Terminologie aber widerstrebte es, auch die letzteren den '*actiones*' einzuordnen. So kam man — wie ich vermute — dazu, die *petitio* im Formular neben die *actio* zu setzen[3]), um sämtliche Obligationen ohne Rücksicht auf die Prozeßform sicher zu erfassen.

Trifft das Gesagte zu, so wird es schwierig sein, noch eine Lücke zu finden, die durch das dritte Glied: durch die *persecutio* auszufüllen wäre. Das Wort selbst begreift allgemein die 'Rechtsverfolgung' ohne Hindeutung auf bestimmte Rechte oder eine bestimmte Art der Verfolgung.

---

[1]) Das besonders durch Pap. l. 1 def. 31 D. 44, 7. 28 und Ulp. l. 49 ad Sab. 2964 D. 50, 16, 178, 2 genährte Vorurteil, daß *petere* hauptsächlich auf eine Aktio *in rem* ziele, ist jetzt wohl als beseitigt anzusehen; vgl. Wlassak, Cognitur 3. 13—16; Mitteis, R. Privatrecht 1, 90.

[2]) Sowohl in der *legis actio in rem* wie in der *in rem actio per sponsionem* konnte der Richter nur ein Feststellungsurteil fällen. Um die Restitution zu sichern, waren besondere, nebenher geschlossene Verträge nötig. Erst in der neuesten Vindikation (mit kondemnatorischer Formel) verlangt der Sieger neben der Feststellung seines Rechtes auch Restitution. Aus diesem Grunde und um den Gegensatz zum älteren Recht zu betonen, nennen die Juristen das jüngste Prozeßmittel des Rechtsgangs um Eigen *formula petitoria*. Wie schwer aber die Sprache der Vereinigung des ursprünglich Getrennten zu folgen vermochte, das zeigt der merkwürdig schiefe Ausdruck: *rem nostram esse petere* (Gai. 4, 4). Vgl. Sav.-Z. R. A. 25, 156—158; dazu S. 137. 1. Dieselbe Ansicht vertritt Mitteis a. a. O. 1, 90 zur A. 48.

[3]) Das Rubrische Gesetz c. 22 bezeichnet wiederholt den Kläger als *is qui eam rem petet deve ea re aget* und den Verklagten als *is a quo ea res petetur cumve quo de ea re agetur*; ebenso Cic. pro Tull. 11, 28; orat. part. 32, 110 den ersteren als *actor et petitor*; das S. C. Vellaeanum und S. C. Macedonianum die gerichtliche Anspruchsverfolgung als *petitio actio* und als *actio petitioque*.



Der Vorschlag von Eisele[1]), die *persecutio* unserer Stipulation nur von der 'Vollstreckung' zu verstehen, hat in den Quellen nicht den geringsten Anhalt und erklärt auch nicht, weshalb besondere Erwähnung gerade für die vollstreckbaren Obligationen erwünscht sein mochte. Wenn aber die Klassiker unter den mannigfachen Rechten, die sie als Gegenstand der 'Verfolgung' anführen, — sehr häufig[2]) stehen hier Pfandrechte in Frage — in ein paar Stellen auch solche nennen, die durch Urteil anerkannt sind, so rechtfertigt das begreiflich nicht die Annahme einer eigenen Bedeutung, die der zusatzlosen *persecutio* beizulegen wäre.

So wenig der eben abgewiesene Vorschlag taugt, so beachtenswert dürfte eine in Hartmann-Ubbelohdes Ordo (1, 476, 20) versteckte Anregung sein. Im Interdiktenverfahren geschieht in Jure der erste Angriff durch eine Postulation des Klägers. Ihr folgt eine erste Prozeßgründung durch magistratisches Dekret: durch das *interdictum reddere*, woran sich dieselben Wirkungen anknüpften, welche im Verfahren *per concepta verba* der Streitbefestigung zukamen. Ob eine Rechtsverfolgung in solcher Form schon durch die bisher besprochene *actio petitio* gedeckt war, darüber wird man streiten können. Nicht unmöglich also, daß man hauptsächlich diesen Zweifel beseitigen wollte, als die Trias mit der *persecutio* als drittem Gliede geschaffen wurde.[3]) Indes soll das eben Gesagte doch nicht mehr sein als eine beleglose Vermutung. Denn Hartmann-

[1]) Cognitur 33f. Keiner Widerlegung bedarf es, wenn Eisele versichert: sobald der 'Eigentumsprozeß ins Stadium des iudicium gelangt' ist, sei 'die actio (i. e. legis actio) zerstört'; diesem Verlust 'helfe aber das Wort petitio ab'!

[2]) Man vergleiche nur die reichliche Stellensammlung bei Bachofen, Röm. Pfandrecht 1, 31, 6; dazu S. 35.

[3]) *Actio petitio persecutio* begegnet außer in Gesetzesinschriften (Mitteis a. a. O. 1, 90, 46) hauptsächlich in der Stipulatio de non amplius petendo (Lenel, Edictum [2] 516f.) bei Julian l. 5 ex Min. 873 D. 46, 8, 23. Hier kann sie leicht ebenso alt oder gar älter sein als die Aquiliana. Daß es sich in den hergehörigen Inschriften, die durchaus Prozesse des öffentlichen Rechtes regeln, lediglich um 'sinnlose Häufung der Ausdrücke' handelt, darin stimme ich mit Bruns, Kl. Schriften 2, 290f., Mommsen, Strafrecht 1017, 3, Mitteis a. a. O. 1, 39, 1 und S. 91 überein.

Ubbelohde führt nur ein einziges[1]) und nicht recht beweisendes Zeugnis an; ich selbst aber bin — zur Zeit wenigstens — außerstande, ein besseres hinzuzufügen.

Wenn wir darauf verzichten, für die Einschaltung von *persecutio* einen besonderen Anlaß ausfindig zu machen, wird als Erklärungsgrund wohl die bekannte, häufig übergroße Vorsicht der Verfasser von Urkunden und Formularen herhalten müssen. Um in unserem Fall etwaige Lücken unschädlich zu machen, die trotz '*actio petitio*' unversorgt geblieben waren, hatten die Kautelarjuristen ein einfaches und sicheres Mittel. Sie brauchten bloß zu nehmen, was ihnen die Sprache bot: ein Wort nämlich, das, individueller Färbung entbehrend, schlechthin jede[2]) Rechtsverfolgung einschließt. Wenn sie so im zweiten Absatz *persecutio* als letztes Glied einschalteten, war der erstrebte Zweck gewiß unanfechtbar und restlos erreicht.

Das Formular stellt neben die gegenwärtig seiende *actio petitio persecutio* die künftige, indem es '*eritve*'[3]) hinzufügt.

---

[1]) Ulp. l. 49 ad Sab. 2963 D. 18, 4, 2, 3.

[2]) Auch der aus unbestimmbarem Zusammenhang gerissene und darum recht dunkle Ausspruch Papinians l. 1 def. 31 D. 44, 7, 28 betont unverkennbar den weiten Umfang der *persecutio:* das Wort sei anwendbar, gleichviel ob das Prozeßmittel *in rem* oder *in personam* gehe. Übrigens hat m. E. fr. 28 cit. gewiß nichts mit der Aquiliana zu tun; s. A. Lenel, Palingenesia I, 810, 1. Wenn Papinian sagt: *actio in personam infertur: petitio in rem,* kann er kontestierte Prozesse nicht im Auge haben; anderseits ist das Klagrecht *in rem* wieder nicht novierbar. Das Schwierigste endlich ist die Auslegung der Schlußworte: '*rei persequendae gratia*'. Mit ihnen beschäftigt sich Cujaz, Obs. XXII c. 21, ohne Überzeugendes zu bringen.

[3]) Lenel, Edictum [2] 516 hat den Text der Stip. de non amplius pet. et de rato sehr befriedigend hergestellt und die Wortgruppe *a. p. p.* durch ein beigefügtes *est erit* ergänzt, obwohl wir bei Julian D. 46, 8, 23 nur '*sit*' lesen. Je höheres Alter man der genannten Kaution zuschreibt (s. oben S. 414 A. 3), desto wahrscheinlicher wird die Annahme, daß der Lenelsche Text nicht anders zu deuten sei als das gleichlautende Stück der Aquiliana. Ob freilich Lenel selbst zustimmen wird, das muß abgewartet werden. Bekanntermaßen begegnet in den Erörterungen der Klassiker '*actio est* (oder *non est*) *cum aliquo*' überaus häufig gleichbedeutend mit *agi potest* (oder *non potest*), mithin um anzuzeigen, daß sei es eine Forderung, sei es ein dingliches Klagrecht zustehe (oder nicht zustehe). Die Entwicklung dieses Sprachgebrauchs ist m. E. aus dem

Die erstere haben wir oben auf derzeit kontestierte Prozesse bezogen, genauer auf solche, in denen der Kläger im Rechte ist. Denn nur unter dieser Voraussetzung darf von vornherein eine Prozeßobligation angenommen werden, aus der sich eine Judikatsforderung entwickeln wird; und keinesfalls kann ja der Text des Formulars darauf gerichtet sein, Nichtrechte des Stipulierenden einer Novation zu unterziehen. Was also im ersten Absatz deutlich gesagt ist: die vorhandene Berechtigung des $A^s A^s$, muß auch in den Worten des zweiten für mitbegriffen gelten sowohl beim Prozeß, der jetzt in Schwebe ist, wie bei dem, der künftig — vielleicht — entstehen wird. Hiernach sind aber durch das *'erit'* des zweiten Absatzes alle obligatorischen Rechte erfaßt, sofern sie nur gegenwärtig schon begründet sind, mögen sie im übrigen bereits fällig [1]) oder noch unfällig sein, alle Obligationen also, die $A^s A^s$, sei es jetzt, sei es künftig zu verfolgen befugt sein wird, oder — um dem Text der Stipulation noch näher zu kommen — alle, aus denen für $A^s A^s$ irgendeinmal *actio petitio persecutio* erwachsen kann mit der Wirkung, eine Urteilsforderung hervorzubringen.

Vergleicht man die letztgenannte Klausel der Aquiliana mit der ersten und mit der dritten, so zeigt sich, daß keine andere ihr an Reichtum des Inhalts auch nur nahekommt. Nimmt man sie wie sie lautet mit *'est erit'*, so hätte sie für sich allein genügt, um alle Schuldverhältnisse zwischen $A^s A^s$ und $N^s N^s$ zu erfassen: die gerichtlich wie die außergerichtlich entstandenen, mithin alle, die Aquilius der Novation unterwerfen wollte. Ist sie also dem Anschein nach das Kernstück des Formulars, so fragt es sich, weshalb ihr nicht der erste Platz eingeräumt ist und weshalb ihr noch andere Klauseln beigefügt sind?

---

hier oben im Text Gesagten leicht abzuleiten. Eines zum mindesten aber scheint sicher zu sein: daß die Verwendung von *'actio'*, um ein subjektives Recht auszudrücken, nichts Ursprüngliches sein kann. Über die drei Hauptbedeutungen von *actio* und wie sie geschichtlich aufeinanderfolgen vgl. Pauly-Wissowa, R.-E. I, 303—307.

[1]) Nochmals: eine Forderung, um derentwillen *actio erit*, d. h. statthaft (aber nicht kontestiert) ist, kann längst fällig geworden sein, ehe der Prozeß wirklich anhängig wird.



Erklären möchte ich die Zurücksetzung einstweilen aus der Absicht des Verfassers, mit der zweiten Klausel, trotz des sehr allgemeinen Wortlauts, bloß die Lücken zu füllen, die der erste Absatz aufweist. Soll sich freilich diese Antwort nicht als leere Ausflucht darstellen, so ist sofort noch Aufklärung darüber nötig, weshalb denn Aquilius zunächst eine — wie er sehr wohl wußte — lückenhafte Gruppe von Obligationen aufgenommen und ihr sogar erheblichen Einfluß auf den Bau des ganzen Formulars zugestanden hat?

Eine Vermutung wird hier aushelfen müssen. Meines Erachtens ist der Text des ersten Absatzes aus altem Vorrat geschöpft: überliefertes Formelgut, das man nicht preisgeben wollte und daher nur durch einen Zubau erweiterte, obwohl der Plan unserer Stipulation einen frei errichteten Neubau unter Verzicht auf Substruktionen gerechtfertigt hätte.

Für welchen Zweck aber, so fragen wir weiter, war das Formelstück bestimmt, das später von Aquilius aus konservativer Neigung in das eigene Werk eingebaut ist?

Generalabrechnungen und damit im Zusammenhang umfassende Novationen waren gewiß so gut wie ausschließlich unter Geschäftsfreunden üblich, die in dauernder Verbindung stehen. Auch der Kreis der Obligationen, die gewöhnlich unter solchen Personen vorkommen, konnte nur eng begrenzt sein. An anderes dürfen wir also schwerlich denken als an Geschäftsschulden des strengen und des freien Zivilrechts. Gerade auf diese aber bezieht sich — wie oben gezeigt ist — die von Aquilius übernommene und an die Spitze gestellte Klausel.

Belege aus den Quellen wüßte ich für das Gesagte nicht anzuführen. Dessenungeachtet glaube ich meiner Vermutung etwas Wahrscheinlichkeit zuschreiben zu dürfen. Soll dieser Eindruck auf den Leser übertragen werden, so wird es sich empfehlen, die Obligationen aufzuzählen, welche nicht unter die Worte des ersten Absatzes fallen.

Zu diesen gehören vor allen die Delikts- und deliktsähnlichen Schuldforderungen des Volks- wie des Amtsrechts, ferner die schwebenden Prozeßverhältnisse, mögen sie legitim oder honorarisch sein, endlich die wenigen Obli-

gationen, die nach prätorischer Ordnung aus Tatsachen hervorgehen, welche nicht das Gepräge von Delikten haben. In allen diesen Fällen — oder fast in allen — dreht es sich um Rechte, denen Ereignisse zugrunde liegen, die man sicher nicht zu den alltäglichen zählen kann; und noch weniger dürfte man hier von Handlungen sprechen, die nach der Regel des Lebens unter Geschäftsfreunden vorzukommen pflegen.

Stand es aber für Aquilius fest, daß die überlieferte, vermutlich vielgebrauchte Klausel, welche die Verkehrsobligationen in sich schließt, an erster Stelle nicht fehlen darf und, wollte er anderseits seinen Zweck sicher erreichen, ein allumfassendes Schema zu liefern, so blieb ihm nur die Wahl zwischen zwei Methoden. Entweder mußte er alle Lücken jener Klausel durch sorgsam entworfene Einzelbestimmungen wegschaffen oder, unbekümmert um das Voraufgehende, ein Satzgefüge erfinden, das keine der zwischen A^s A^s und N^s N^s bestehenden Obligationen unberührt läßt und somit zugleich die Lücken im ersten Absatz unschädlich macht.

Die Lösung der Aufgabe auf dem ersteren Wege war nicht bloß schwierig, sondern nicht weniger gefährlich und kaum anders möglich als mit dem Aufwand von recht langwierigen Texten; dagegen war sie auf dem zweiten Wege ebenso leicht wie erfolgsicher und schon erreichbar mittels eines einzigen kurzen Satzes.

Wie sich hiernach der Verfasser der Musterstipulation entscheiden mußte, das ist ohne weiteres klar. Selbst die Erwägung konnte dem Praktiker Aquilius die getroffene Wahl nicht mehr verleiden, daß dieselben Geschäftsobligationen des Zivilrechts — sei es auch versteckt — in seinem Formular zweimal auftreten und — was auf das nämliche hinausläuft — daß der zweite Absatz den ersten als unnötig erweist.

V.

Eine der grundlegenden Annahmen, von der die gegenwärtige Untersuchung ausgeht, ist die Beschränkung der novierenden Stipulation auf Obligationen. Zur Siche-

rung dieser Behauptung sind oben (S. 401—404) reichlich Zeugnisse aus der klassischen Zeit angeführt. Unter die 'Obligationen' aber haben wir nach der Auffassung der alten Juristen auch das ephemere Gebundenheitsverhältnis zu stellen, das die Streitbefestigung erzeugt, m. a. W.: das *condemnari oportere* des legitimen wie das *condemnari debere* des imperialen Prozesses. Ausdrücklich bezeugt ist diese Denkfigur der *veteres* (bei Gai. 3, 180) bloß für *iudicia legitima,* die mit einer aufs Zivilrecht (*ius*) abgestellten Aktio *in personam* begründet sind. Trotzdem unterliegt es keinem Zweifel, daß ein ganz gleichartiges Verhältnis auch entstehen mußte, wenn der Prozeß mit kondemnatorischer[1]) Aktio *in rem* kontestiert war. Bei Gaius l. c. ist freilich nichts darüber gesagt. Allein diese Verschweigung erklärt sich vollkommen aus der Systematik der Institutionen, die im zweiten Teil des dritten Buchs (88—225) nur an éiner Stelle das Prozeßverhältnis berühren: dort, wo vom *tollere* der Obligationen die Rede ist. Wo aber durch Verletzung eines Sachenrechts — unsichere — Anwartschaft auf einen dinglichen Prozeß entsteht, hat der Berechtigte nicht mit einem Gegner zu tun, — mag es der erste Verletzer sein oder ein späterer — der ihm obligatorisch gebunden ist und bringt daher, wenn ihm die Streitbefestigung gelingt, auch kein Schuldverhältnis zum Erlöschen.[2]) Somit war in der Tat in der Lehre von der Konsumption durch prozessualische Novation kein Raum für die Erörterung der kontestierten Aktio *in rem.* Anderseits kann uns hiernach der Mangel an Nachrichten nicht hindern, die positiven Wirkungen der Kontestatio, wenn sie mit kondemnatorischer Aktio *in rem* vollzogen ist, ungefähr so festzusetzen, wie es dem Muster der *in iudicium* deduzierten Aktio *in personam* entspricht. Wie in diesem dürfen wir auch in jenem Fall das durch Streitbefestigung begründete Verhältnis als *obligatio* auffassen, also Novierbarkeit dafür annehmen und es demzufolge auch dem zweiten Absatz der Aquiliana unterstellen.

---

[1]) S. oben S. 413 A. 2.

[2]) Vgl. auch Wlassak, Ursprung der Einrede 9f. A. 14, S. 37f. A. 80.

Viel heikler und viel bedeutungsvoller als die eben beantwortete Frage ist die andere, ob nicht die bloße Anwartschaft auf dinglichen Prozeß zu den Rechten zu zählen sei, die von so überaus weit gefaßten Stipulationen mitergriffen und umgestaltet werden, um schließlich durch Akzeptilation ihr Dasein einzubüßen? An diesem Punkt ist, wie mir scheint, zum erstenmal ein Gebiet berührt, wo die Erläuterung der Aquiliana aufhört Kärrnerarbeit zu sein; wo aus ihr ein Beitrag wird zur Lösung der großen, den Romanisten wie den Rechtsvergleichern gestellten Aufgabe, den Gegensatz der Sachen- und Personenverfolgung im Urrecht aufzudecken und den mannigfachen, zum Teil noch unverstandenen Erscheinungen in den Ordnungen der geschichtlichen Zeit nachzugehen, die ihren letzten Ursprung in jenem alten Gegensatz haben und von ihm aus beleuchtet in helleres Licht treten.[1])

Wenn im vorliegenden Aufsatz — nicht anders wie in allen Schriften heutiger Romanisten — schon oft Gebrauch gemacht ist von den Arbeiten Otto Lenels, aus dessen Händen wir auch großenteils unseren Quellenstoff in Empfang nehmen, so bietet sich an diesem Orte noch besonderer Anlaß, dem Schöpfer des erneuerten 'Edictum' zu huldigen, weil er, von der richtig erfaßten Einlassungsfreiheit ausgehend, als erster den Weg gewiesen hat[2]) zum Verständnis der Eigentumsvindikation und des Anspruchs auf Exhibition.

Wie aber verhält sich unser Formular zur alten und auch noch zur klassischen Sachverfolgung: zur ***actio in rem*** im wahren Sinne, die erst dann gegen eine Person zielt, wenn diese dem Angriff auf die Sache hindernd entgegentritt, also bereit[3]) ist, die Sache zu verteidigen; und

[1]) Um ein Beispiel zu nennen: wer sich um Einlassungszwang und Einlassungsfreiheit nicht kümmert, darf nicht glauben, die Erkenntnis der *in iure cessio* fördern zu können.

[2]) In Grünhuts Ztschr. 37 (1910), 515ff. Sehr beachtenswert ist auch die an Anregungen reiche Abh. von Koschaker (aus Anlaß von H. Steiner, Datio in solutum) in der Sav.-Z. R. A. 37 (1916) 348ff.; vgl. besonders S. 357—59.

[3]) Wegen der Zeugnisse für die Einlassungsfreiheit bei *A. in rem* s. meinen Gerichtsmagistrat 62 mit A. 2.

wie kann die Stipulation eine Aktio *in rem* novieren, da diese einen Gegner überwinden soll, der — wie ein Klassiker bei Justinian I. 4, 6, 1 bezeugt — dem *acturus* vor dem Prozeß *nullo iure obligatus est?*

Wäre die Auffassung der Aquiliana richtig, die m. W. noch heute in der Literatur einstimmig gebilligt ist[1]), so müßten wir sie als entscheidende Stütze anerkennen für die Irrlehre vom dinglichen Anspruch, ebenso wie die meist mißverstandene Aktionendefinition des Celsus, wie an zweiter Stelle den 'allgemeinen obligatorischen Legatsanspruch' in Justinians Rechtsbüchern und wie endlich das 22. Kapitel der Lex Rubria. Allein die Celsusstelle handelt zweifellos von der *actio* im engeren Sinn (= *actio in personam*)[2]), und der 'allgemeine Legatsanspruch' ist erwiesenermaßen ein nachklassisches Gebilde.[3]) Das genannte Kapitel aber der Tafel von Veleia kann zwar hier in den engen Grenzen dieses Aufsatzes nicht erklärt werden; doch dürften schon die nachfolgenden Bemerkungen über die Aquiliana auch dem Verständnis des Rubrischen Textes sehr zugute kommen. Übrigens wird sich m. E. bei genauer Beachtung der Juristensprache mit aller Sicherheit herausstellen, daß die Deutung der Z. 32 im c. 22 auf die Vindikation durchaus verfehlt ist.[4])

Die irrige Auffassung von Abs. II der Aquiliana be-

---

[1]) Als jüngsten Vertreter nenne ich A. Last in Grünhuts Ztschr. 36 (1909) 438, den H. Peters, Sav.-Z. R. A. 32 (1911), 187, 1 eines besseren zu belehren versucht; vgl. aber wieder Last in Jherings Dogm. Jahrb. 62 (1913), 260.

[2]) S. Ulpian D. 50, 16, 178, 2 (m. E. mit Unrecht angezweifelt von Albertario, Actio de universitate [1919] S.-A. p. 29f. Der Text würde klarer, wenn man das Wort *petitio* versetzen dürfte: . . . *omnis petitio actio dicitur, sive in personam sive in rem sit: sed* . . .; vgl. im übrigen oben S. 412f. und 413 A. 3) . . . *sed plerumque 'actiones' personales* (nicht überall unecht!) *solemus dicere*, Papinian D. 44, 7, 28 (oben S. 415 A. 2), Wlassak, Litiskontestation 19; Jörs in Birkmeyers Enzyklopädie [1] 90. Richtig ausgelegt ist Celsus — gegen Hotmann — schon von A. Faber, Coniecturarum l. 20 c. 9. Vgl. auch oben S. 402f. und S. 403 A. 5.

[3]) S. oben S. 401 A. 3.

[4]) Angekündigt ist mein Widerspruch schon im Gerichtsmagistrat 22; dazu Sav.-Z. R. A. 31 (1910), 202, 1.

ruht außer auf der Verkennung der klassischen Aktio *in rem* hauptsächlich auf Theophilus 3, 29, 2: . . . *καὶ ὧν πραγμάτων χάριν ἐμοὶ κατὰ σοῦ ἀγωγὴ* in rem *ἢ* personalia *ἐστὶν ἢ ἔσται (est eritve)*.

Übersetzt man, wie es leider üblich ist, *ἀγωγή* = *actio* mit 'Klage'[1]) (d. h. Klagerecht), so ergibt sich ein selbst fürs Justinianische Recht unhaltbarer, ja geradezu unsinniger Satz. Aquilius und wohl auch Theophilus kann die Stipulation nicht auf dingliche Klagerechte ausgedehnt haben, die für A^s A^s erst in Zukunft gegen N^s N^s entstehen werden *(ἀγωγὴ ἔσται!)*. Erträgliches ist jenem Satze nur abzugewinnen, wenn wir *ἀγωγή (actio)* auf den Prozeß[2]) deuten, den A^s zur Verfolgung eines ihm jetzt schon gegen N^s erworbenen Rechtes vielleicht einmal begründen wird. Wie man sieht, setzt diese Auffassung die Annahme einer Art dinglichen Anspruchs voraus, der für A^s aus der Verletzung seines Sachenrechtes entstehen kann. Und in der Tat war der Spätzeit eine solche Denkform durch das Verjährungsgesetz von Theodos II. (C. Th. 4, 14, 1 pr.) sehr nahegelegt[3]), da die Frage auftauchen mußte, worauf sich denn die *praescriptio* bezieht, wenn sie doch den Bestand des Sachenrechtes selbst nicht bedroht. Wie man sich aber auf den Rechtsschulen des 5. und 6. Jahrhunderts mit der materiellen *actio in rem* abfinden mochte und mit dem bei ihr möglichen Wechsel unverbundener Gegner, und ob man an die Aufgabe auch nur herantrat, eine *actio* dieser Art in Einklang zu bringen mit der noch von Justinian festgehaltenen Einlassungsfreiheit[4]): das darf und muß hier dahingestellt bleiben.

Für Aquilius, den Verfasser des Formulars, waren die angedeuteten Schwierigkeiten aus dem Grunde nicht gegeben, weil er wie alle Klassiker der Folgezeit von einer

---

[1]) Vgl. etwa K. Wüstemann, Des Theoph. Paraphrase (Berlin 1823) 2, 258f.: 'um welcher Angelegenheiten willen ich gegen dich eine Klage in rem oder eine persönliche habe oder haben werde'.

[2]) Vgl. oben S. 408f.

[3]) Vgl. Pauly-Wissowa, R.-E. I, 308.

[4]) S. meinen Gerichtsmagistrat 63 mit A. 3; zustimmend Lenel in Grünhuts Ztschr. 37, 521.

selbständigen Befugnis nichts wußte, die im Fall der Verletzung aus dem dinglichen Rechte herauswächst und von diesem abgelöst, bald éinen, bald wechselnde Gegner zur Mitwirkung an der Rechtsfeststellung und selbst zu Schuldleistungen verpflichtet. Wo die alten Juristen von einer Person aussagen, daß ihr *actio in rem conpetit,* bezeichnen sie damit nur eine mit dem Grundrecht eng verbundene Anwartschaft auf Erfolg versprechenden Prozeß, keineswegs ein abgesondertes Recht, sei es dinglicher, sei es persönlicher Natur, und demnach auch kein Recht, das durch Stipulation novierbar wäre.

Wie fest wir vertrauen dürfen, auf dem richtigen Wege zu sein, wenn von der Einlassungsfreiheit auf das Wesen der klassischen Aktio *in rem* geschlossen und der Gegensatz zur Aktio *in personam* scharf betont wird, das bestätigen uns zwei zufällig in den Basilikenscholien erhaltene Bemerkungen über den ursprünglichen Sinn der Aquiliana, deren eine auf den Heros Patrikios zurückgeht, während die andere aus dem Codexkommentar des Thalelaios stammt. Auf diese Zeugnisse haben Huschke und Alibrandi schon vor vielen Jahren hingewiesen; trotzdem sind sie bis heute ungenutzt geblieben.

Im Schol. 2 von Theodorus zu Bas. 11, 2, 57, einer Konstitution von Gratian, die aus dem C. Th. 2, 9, 2 stammt und mit Interpolationen in den C. I. 2, 4, 40 aufgenommen ist, wird ein durch die Aquilische Stipulation und Akzeptilation[1]) gesicherter Vergleich vorausgesetzt, dessen Bruch unter Konventionalstrafe gestellt war. Das Schol. wirft die Frage auf, ob der Partei, welche die Strafe gezahlt und das durch den Vergleich Gewonnene zurückgegeben hat, eine Aktio auf Grund des alten, durch den Vergleich ersetzten Rechtsverhältnisses zustehe? Theodorus antwortet:

[1]) Die *acceptilatio* ist erst von Justinians Juristen eingefügt. Behandelt ist die gratianische Konstitution des öfteren; in neuerer Zeit von Oertmann, Der Vergleich 180ff.; M. Pergament Sav.-Z. R. A. 16, 356; Konventionalstrafe und Interesse (1896) 24ff.; Seckel, Münch. kr. Vtljschr. 40 (1898), 396f.; Bertolini, Della transazione (1900) 397ff. Das oben Gesagte bleibt unberührt, gleichviel wie man über den Text und den Sinn der c. 40 cit. denken mag.



ἐμοὶ δὲ δοκεῖ μηδὲ ὅλως ἰσχυρῶς ἐνάγειν αὐτόν. τεθεμάτισται γὰρ Ἀκουιλιανὴν ποιησάμενος ἐπερώτησιν καὶ ἀκεπτιλατίονα. καὶ ποίαν δύναται λοιπὸν ἔχειν ἀγωγήν, πᾶσαν ἀνελὼν διὰ τῆς ἀκεπτιλατίονος; εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ τὸ παλαιόν, ὡς αὐτὸς ὁ Ἥρως Πατρίκιος ἐδίδαξεν, ἠδύνατό τις εἰπεῖν, ὅτι περὶ τῆς νερεδιτάτις πετιτίονος διελύσατο τῆς μὴ ἀναιρουμένης τότε διὰ τῆς Ἀκουιλιανῆς ἐπερωτήσεως, ὅμως σήμερον οὐδὲ τοῦτο προχωρεῖ τρακταΐζειν ἡμῖν, ἐπειδὴ ἡ ιέ. διατ. καὶ τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα καὶ τὴν σπεκιαλίαν ἰν ῥὲμ ἐνομοθέτησεν ἀναιρεῖσθαι διὰ τῆς Ἀκουιλιανῆς ἐπερωτήσεως.

Im wesentlichen übereinstimmend, vielleicht aber ebenso wie Theodorus aus *Πατρίκιος* schöpfend, äußert sich Thalelaios[1]) im Schol. 1 zu Bas. 11, 2, 32 (aus C. I. 2, 4, 15):

. . . *σημείωσαι, ὅτι ἀπὸ τῆς διατάξεως ταύτης* (d. h. C. I. 2, 4, 15) *ἡ Ἀκουιλιανὴ ἐπερώτησις καὶ τὴν σπεκιαλίαν ἰν ῥὲμ καὶ τὴν νερεδιτάτις πετιτίονα κατάγει ἐν ἑαυτῇ καὶ δαπανᾷ. καίτοι τὸ ἴδιον πρᾶγμα οὐ καλῶς ἐπερωτῶμεν. ἀλλ' ὅμως πρὸς τὴν νομικὴν ἀκρίβειαν ταύτης τῆς διατάξεως καὶ τοῦτο κρατεῖ τὸ νόμιμον, ὡς καὶ τὰς ἰν ῥὲμ καὶ τὰς ἰδικὰς καὶ τὰς καθ' ὁμάδα νοβατεύεσθαι διὰ τῆς Ἀκουιλιανῆς ἐπερωτήσεως καὶ ἀναιρεῖσθαι διὰ τῆς ἀκεπτιλατίονος.*

Der Jurist Patrikios, um das Jahr 500, unterscheidet aufs deutlichste älteres und jüngeres Recht. Ursprünglich habe die Aquiliana nicht die Kraft gehabt, eine *hereditatis petitio* aufzuheben. Als Quelle der nachklassischen Rechtsänderung bezeichnet uns das erste wie das zweite Scholion ein dem Kaiser Diokletian zugeschriebenes Reskript aus dem Jahre 290. Ob die Verweisung auf diesen Erlaß schon von Patrikios herstammt oder von Theodorus, darüber läßt sich streiten. Daß ein zu den Heroen gezählter Jurist den Justinianischen Codex noch nicht kannte, das schließt hier seine Urheberschaft nicht aus, weil die Konstitution vermutlich aus dem Gregorianus genommen ist, aus einer Sammlung also, worin ein Rechtslehrer Bescheid wissen mußte. Ernstere Zweifel aber tauchen auf, wenn wir den

[1]) S. Heimbach, Manuale Bas. p. 351.



Kaisererlaß mit Albertario[1]) für unecht erklären. Im Cod. Iust. lautet er so:

Diocletianus et Maximianus AA. Pontio.

Ut responsum congruum accipere possis, insere pacti exemplum: [ita enim intellegemus, utrum sola conventio fuit, an etiam Aquiliana stipulatio nec non et acceptilatio secuta fuerit: quae si subdita esse illuxerit, nullam adversariae tuae petitionem hereditatis vel in rem specialem competere palam fiet.]

Die Sprache des eingeklammerten Stückes erregt mehrfachen Anstoß. Auf *utrum fuit* folgt sofort *an fuerit*; ebenso bedenklich ist *conventio fuit* statt *pactum conventum fuerit* und fast sicher kompilatorisch[2]) ist '*nec non et*'. Für Albertario ergibt sich die Unechtheit hauptsächlich aus der unklassischen Bezeichnung der *rei vindicatio* als '*in rem specialis*': dieser Ausdruck sei ebenso wie das Gegenstück, wie die *actio de universitate*, erst in der Lehre der scholastisch gerichteten Juristen der Spätzeit aufgekommen. Wie er zeigt, gefallen sich offenbar die Glossenschreiber der nachjustinianischen Zeit darin, statt des alten Namens der Eigentumsklage den neuen: ἡ σπεκιαλία ἰν ῥέμ so oft als möglich zu gebrauchen. Von wem und wann diese Geschmacklosigkeit erfunden sein mag, das bleibt freilich nach wie vor unsicher. Doch ist es tröstlich, mit einigem Grund auch die Spätklassiker von der Anstiftung entlasten zu können. Sehr verstärkt aber wird der Verdacht gegen die c. 15 cit., wenn wir genauer zusehen, was die wohlunterrichteten Juristen in Diokletians Kanzlei dem Pontius geantwortet haben sollen. Die Entscheidung — so sagt der Text — sei bloß davon abhängig, ob der Vergleich durch die Aquiliana nebst angehängter Akzeptilation gesichert war. Wenn dies zutreffe, so werde es sich klar erweisen (*palam fiet*), daß der Gegenpartei keine dingliche Klage zustehe.

Soll der Kaiser wirklich mit einem Reskript, dessen

---

[1]) Actio de universitate e actio specialis in rem (S.-A. aus den Annali der Universität Perugia XXXI, 1919) p. 48f.

[2]) S. Heumann-Seckel[9] s. v. Nec.



Fassung auf die Anwendung streitlos anerkannten Rechtes hinweist, im Vorbeigehen einen wichtigen Grundsatz der klassischen Ordnung umgestoßen haben?[1]) Diese Annahme ist so gut wie ausgeschlossen. Demnach muß die Reform entweder durch einen nachklassischen Erlaß bewirkt sein, der vor das Jahr 290 fällt, oder die Antwort stammt gar nicht von Diokletian und ist von *ita* ab — mit Ausnahme von ein paar echten Worten — kompilatorische Mache.

Ausschlaggebend für das letztere ist ein oben S. 402 schon angeführter Erlaß von Diokletian, der um vier Jahre jünger ist als c. 15 cit. und unzweideutig die klassische Lehre bestätigt, derzufolge die Aquiliana eine *obligatio praecedens* voraussetzt. Anderseits tritt in der Spätzeit und auch bei Justinian unverkennbar die Neigung hervor, die Aktionen *in rem* und *in personam*, soweit es irgend angeht, anzugleichen.[2]) Für einen — recht unglücklichen — Versuch in dieser Richtung muß, wie ich glaube, die byzantinische Bearbeitung der c. 15 gelten. Daß aber die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Stipulation zu allererst von Justinians Kompilatoren bewirkt und verkündet wurde, das will doch keineswegs behauptet werden. Wie der verfälschte Text lautet, ist er viel eher verständlich, wenn ein schon von älteren Rechtslehrern gemachter, vielleicht auch von der Gerichtsübung angenommener Versuch gesetzlich bekräftigt werden sollte.

Nun fehlt freilich noch die Lösung der schwierigsten Frage, ohne die keine Annahme von Interpolationen befriedigen kann. Ist es möglich zu ermitteln, worauf sich der Text der c. 15 bezog, wie er aus den Händen von Diokletians Juristen hervorging? Mehr als eine Vermutung, die freilich als solche haltbar sein muß, wird man nicht verlangen dürfen.

---

[1]) Wenn Diokletian (C. 7, 43, 8) für den Erbstreit das Kontumazialverfahren zuläßt, so folgt daraus keineswegs eine Änderung des Einlassungsrechtes und daher auch keine Anerkennung des sog. 'dinglichen Anspruchs'; s. meinen Gerichtsmagistrat 78 mit A. 3; Provinzialprozeß 43, 14 S. 46. Der genannte Erlaß läßt übrigens die Wahl offen zwischen der *translatio possessionis* und dem Ungehorsamsurteil.

[2]) S. meinen Gerichtsmagistrat 80 mit A. 1 und dazu noch Justinian C. 4, 39, 9.

Dem Anschein nach handelt es sich im Fall des Pontius, trotz der mitgenannten *in rem specialis*, bloß um das Recht an einem Nachlaß. Um dieses dreht sich der Streit zwischen dem Reskriptswerber und einer Gegnerin unbekannten Namens. Letztere hatte den Nachlaß in Anspruch genommen und mit *hereditatis petitio*[1]) gedroht. Die Annahme dieses Prozesses aber hatte Pontius verweigert, vermutlich schon durch Abweisung der Kautionsanforderung und jedenfalls durch Versagung des *iudicium accipere.*[2]) Demnach war nunmehr für die Frau das Interdikt *quam hereditatem*[3]) begründet, dessen Gebrauch allerdings einer Beschränkung unterlag: wer den Besitz haben wollte, mußte bereit sein zur Sicherheitsleistung, wenn diese von der Gegenseite verlangt wurde (Paul. sent. 1, 11, 1).

Bis zu diesem Punkte dürfte sich der Streit unter den Parteien entwickelt haben, als eine Wendung eintrat durch Anknüpfung von Vergleichsverhandlungen. Wie Pontius behauptet, sei ein Übereinkommen abgeschlossen, von der Gegnerin aber nicht eingehalten worden. Daher fragt er jetzt den Kaiser, ob die Frau ihn noch wegen der Erbschaft in Anspruch nehmen dürfe? Diokletians Juristen antworten: Um eine Meinung äußern zu können, müßten sie eine Abschrift der Vergleichsurkunde haben. Daraus würden sie ersehen, ob dem Paktum die Aquiliana nebst angehängter Akzeptilation hinzugefügt ist. Sollte dies zutreffen, so hätte die Frau allerdings ihr *quam hereditatem* durch Novation und die neue Forderung durch Akzeptilation eingebüßt.

Zur Begründung der aufgestellten Vermutung werden wenige Worte genügen. Das Interdikt, an dessen Stelle im Pandektentext die *hereditatis petitio* erscheint, steht unter Einlassungszwang[4]) wie alle Rechtsmittel, die darauf

---

[1]) Von der zweiten Form der *A. in rem (per sponsionem)* darf wohl abgesehen werden.

[2]) Näheres darüber im Ger.-Mag. 43ff. 50ff. 64.

[3]) Über dieses Interdikt aus jüngster Zeit A. Berger, Pauly-Wissowa R.-E. IX (1916), 1658f.

[4]) S. Ulp. inst. (1916), fr. Vindob. 4: *interdicta 'quem fundum' et 'quam hereditatem'. nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem,* . . .



hinwirken, dem Kläger Ersatz zu verschaffen für die Vereitelung der *A. in rem.* Über den Zeitpunkt, in dem die durchs Interdikt geschützte Obligation entsteht, führt Ubbelohde bei Glück[1]) das zweifellos Richtige aus. Nicht der förmliche Ausspruch des Prätors im Einzelfall ist erforderlich; vielmehr genügt es, wenn der Tatbestand vorliegt, der bedingend ist für das *interdicto teneri.*

Und noch ein Bedenken ist zu beseitigen. Die Frau, die dem Pontius den Nachlaßbesitz abnehmen will, war kautionspflichtig; es müßte denn der Berechtigte selbst die Sicherheitsleistung verhindert haben. Was aber in dieser Beziehung zwischen den Parteien sich ereignet oder nicht ereignet hatte, darüber fehlt uns jede Nachricht. Der gefälschte Text muß davon schweigen, weil das alte Recht der Kautionen unter Justinian nicht mehr in Geltung war[2]); und sehr wohl möglich ist es, daß auch der Urtext gar nichts darüber enthielt. Indes wollen wir hier gerade den Fall in Betracht ziehen, der allein Zweifel erregen könnte und also annehmen: die Frau habe nicht kaviert. Kann sie etwa daraus den Schluß ableiten: mithin war mir das *quam hereditatem* noch nicht erworben; eine Forderung aber, die mir nicht zustand, kann auch durch meine Aquilische Stipulation nicht noviert sein.

Zurückweisen aber läßt sich das eben Gesagte folgendermaßen. Das Kavieren dessen, dem das Interdikt gegeben wird, gehört nicht mit zu den Teilen des begründenden Tatbestands, also nicht in dieselbe Reihe wie die Ablehnung der Sachdefension und der Nachlaßbesitz des Verklagten. Hingegen hat der Besitzer auf Sicherstellung ein im Edikt anerkanntes, jedoch verzichtbares Recht und obendrein ein Recht, von dem er zur richtigen Zeit Gebrauch machen muß[3]): im Prozeßfall vor dem Erlaß des Interdikts, dessen Einschränkung er begehren kann im Hinblick auf die ihm gebührende Kaution. Außergerichtlich steht aber die Sache wohl so. Der mit dem Interdikt Bedrohte ist durch ein Retentionsrecht geschützt. Liefert er den Besitz vor dem

[1]) Pandekten Ser. d. B. 43. 44 II S. 386ff.
[2]) S. Gerichtsmag. 63f. [3]) S. Gerichtsmag. 51 mit A. 1.

Empfang der Kaution aus, so hat er sich damit des einzigen Mittels begeben, sein Recht zu wahren.

Hiernach aber wird die oben aufgeworfene Frage sicher zu ungunsten der Gegnerin des Pontius zu entscheiden sein. Nicht der Frau steht es zu, den Mangel der Kaution zu rügen, da ja nur der Gegenpartei zur Abwehr des erhobenen Anspruchs und lediglich in deren eigenem Privatinteresse das Recht eingeräumt ist, (excipiendo) die Kautionsleistung zu verlangen.[1])

Weshalb Diokletians c. 15 interpoliert werden mußte, das ist ohne weiteres klar: dem Justinianischen Gesetzbuch fehlen die einstmals im Fall der *res indefensa* eingreifenden Interdikte. Infolgedessen mußte der Kaiser seinen *actiones in rem* eine Anzahl Rechtswirkungen aufpacken, die nach klassischer Ordnung mit jetzt beseitigten Kautionen (I. 4, 11, 2) und mit den eben genannten Interdikten verknüpft waren.[2])

---

[1]) Auch Lenel, Edictum [2] 458 (vgl. 438) bezeichnet (beim *quem fundum*) die Klausel 'si eo nomine tibi satisdatum est aut per te stat quo minus satisdetur' als Exzeption. Wenn er sie für ständig erklärt, so folgt daraus keineswegs, daß sie im öffentlichen Interesse eingeschaltet war und der Prätor daher von jener Klausel niemals ablassen durfte.

[2]) Beseitigt ist auch das *duci vel ferri iubere*, trotz D. 2, 3, 1, 1. Meine Auslegung von fr. 80 D. 6, 1 (Gerichtsmag. 63f.) hat bei Lenel, Grünhuts Ztschr. 37, 521 Zustimmung, bei R. Henle, Unus casus 54, 11 Widerspruch gefunden. Letzterer glaubt das klassische Recht noch bei Justinian anzutreffen. Dabei beachtet er weder die geschichtliche Entwicklung noch den Inhalt der interpolierten fr. 68 und 80 D. 6, 1. Was aber lehrt Henle? Einerseits sollen Interdikte, die das C. I. C. niemals nennt und die in klassischen Texten zweifellos ausgetilgt sind, doch noch in Geltung stehen; anderseits gab es seiner Meinung nach zur Zeit Justinians 'formell überhaupt keine (vorbereitende) Edition (näml. actionis) mehr', nur 'materiell geschah sie'. (Bekannt ist die Unterscheidung der *actio* im formellen und materiellen Sinn; wie wir uns aber eine editio actionis [vgl. D. 2, 13, 1, C. I. 2, 1, 3, C. I. 3, 9, 1], die nicht 'formell' ist, vorzustellen haben, das wüßte ich nicht zu sagen.) Diese Leugnung der formellen Aktionenedition ist um so seltsamer, als Henle — vom römischen Prozesse handelnd — beständig von 'Klagerhebung', 'Erhebung' der Vindikation spricht und sogar (S. 49) Kenntnis hat vom 'Augenblick der Klageerhebung'. Was dieser — gedankenlos — aus dem modernen Recht ins römische übertragene Prozeßakt im C. I. C. anderes sein soll als die mit der Ladung verbundene Übermittlung des Klagelibells,

Einer Umarbeitung in diesem Sinne wurde nun auch c. 15 cit. unterzogen. Doch begnügten sich, dem Anschein nach, die Kompilatoren nicht damit, aus dem vorgefundenen *quam hereditatem* eine *hereditatis petitio* zu machen; vielmehr benutzten sie die gute Gelegenheit, ohne Anhalt in der Vorlage, die Novierbarkeit außer auf die Erbschaftsklage auch noch auf die *in rem specialis* zu erstrecken.

Auf den alten Patrikios, als Zeugen des einstigen klassischen Rechtes, dürfen wir, wenn die obige Kritik der c. 15 gebilligt wird, ohne Bedenken nur die Annahme stützen, daß eine dem Stipulanten zustehende *hereditatis petitio* durch die Aquiliana unberührt blieb. Den gleichen Ausschluß der *rei vindicatio* von der Novierbarkeit bezeugen uns für das ältere Recht Thalelaeus sowie Theodorus[1]); und von diesen zwei Kommentatoren des Cod. Iustinianus stammt auch die Nachricht, welche den Umsturz der klassischen Ordnung auf den überlieferten Text der c. 15 cit. zurückführt.

Eigentümlich und nicht unanfechtbar ist die Art, wie Thalelaeus die von den Klassikern angenommene Begrenzung der Novation erklären will:

καίτοι τὸ ἴδιον πρᾶγμα οὐ καλῶς ἐπερωτῶμεν.

Allein ungültig ist nur die auf Übereignung der eigenen Sache gerichtete Stipulation, während mittels der Aquiliana nicht diese, sondern der Schätzungswert in Geld ausbedungen wird. Die Statthaftigkeit eines solchen Vertrags aber bestätigt ausdrücklich Ulpian in l. 78 ad ed. 1709 D. 45, 1, 82 pr. und fügt überdies hinzu, daß der Eigentümer auch das *restitui*[2]): die Wiederherstellung des Sachbesitzes wirksam stipulieren könnte.

d. h. als die editio actionis (s. z. B. Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß 3, 243), das wird schwerlich jemand ausfindig machen. Wie ich mir die hier berichteten Dinge zurechtlege, das ist in folgenden Schriften angedeutet: Cognitur 5, 12, Anklage 176—78, 90 S. 232, Provinzialprozeß 39f., 7. 48—59.

[1]) Über Thalelaeus und Theodorus und ihre Indices handeln Zachariae in Richters Krit. Jahrb. f. R.-W. Bd. 16 (1844), 814ff. 816; Heimbach, Man. 72ff. 80ff., auch P. Krüger, Quellen [2] 410ff. 413.

[2]) Diese Stipulation muß auch Siber, Rei vindicatio 44 im Auge haben.

Wenn also Thalelaeus fehlgeht in der Begründung des klassischen Rechtssatzes, so besteht anderseits nicht der geringste Zweifel an der vollen Glaubwürdigkeit des Berichtes, mit dem er in Übereinstimmung mit Patrikios und Theodorus den Rechtszustand andeutet, dessen Abänderung dann die justinianisierte c. 15 verkündet. Vertrauen dürfen wir den byzantinischen Juristen vor allem deswegen, weil sie nichts anderes mitteilen, als was wir bei schärferem Zusehen längst aus Gaius und aus dem Digestentitel 46, 2 hinsichts aller dinglichen Aktionen hätten lernen müssen. Anderseits ist der Gedanke an eine Fälschung gewiß abzuweisen, weil bei einer geschichtlichen Bemerkung, die gar nicht Einfluß nehmen will auf das neue Recht, keinerlei Anlaß hierzu zu entdecken wäre. Endlich darf auch die Annahme eines Mißverständnisses seitens der Byzantiner schlechtweg für ausgeschlossen gelten. Die Frage, ob die *hereditatis petitio* und die *rei vindicatio* novierbar sind, ob ja oder nein, ist durchsichtig genug, um von dem nächstbesten Juristen begriffen zu werden.

Der Wert der Aufschlüsse, welche die oben abgedruckten Basilikenscholien gewähren, ist recht hoch zu veranschlagen. Die Pandektisten alten Stils halten immer noch an dem dinglichen Anspruch[1]) als einem klassischen[2]) Gebilde mit

[1]) Verwirft man meine Deutung von fr. 80 D. 6, 1 (s. oben S. 429 A. 2), so ist selbst für Justinians Gesetzbuch die Frage unlösbar, wie der dingliche Anspruch neben der Einlassungsfreiheit Bestand haben soll.

[2]) Unter welchen Gesichtspunkt die Klassiker das *vindicatione(m) cedere* bringen mußten, wenn die Aktio *in rem* kein selbständiges Rechtsverhältnis war, trennbar vom Sachenrecht, das ergibt sich ohne weiteres aus dem oben S. 423 Gesagten. Sehr merkwürdig aber, daß auch moderne Juristen — anscheinend ohne Erinnerung an die klassische Ordnung — für das Recht des BGB die Abtretbarkeit des 'rein dinglichen Herausgabeanspruchs' in Zweifel ziehen (so R. Sohm, Der Gegenstand [1903] 30f. mit A. 18). Noch entschiedener spricht A. von Tuhr (Straßb. Festschr. f. Laband [1908] 88f., dazu Tuhr, Allgem. Teil d. bg. Rs. 1, 247 ff.) dem Eigentümer 'die Möglichkeit ab, durch Weggabe des Anspruchs sein Recht zu einem schutzlosen zu degradieren' und fährt dann fort: 'Zession der Vindikation . . . . ist nichts anderes als Bevollmächtigung zur Ausübung der Vindikation'. — Nicht beachtet ist bisher die äußerst unsichere Wirkung der römischen 'Abtretung' einer Aktio *in rem*. Ist hier der zu Verklagende frei von der Einlassungspflicht, so befand

aller Zähigkeit fest. Fortan werden sie es mit zwei bisher verschollenen Zeugnissen zu tun haben, die nur verständlich sind, wenn das Klagrecht *in rem* keine Obligatio einschließt, wenn es also einen Gegner angreift, der *(actori) nullo iure obligatus est*. Und von entscheidender Bedeutung sind ferner jene Scholien für die Auslegung der Aquiliana. Außer Zweifel gestellt ist ja jetzt die Erkenntnis, daß sich das Formular in keinem der drei Absätze auf eine — unkontestierte — Aktio *in rem* bezieht, die zum Gegenstand der Novation[1]) werden könnte.

VI.

Der letzte Absatz der Stipulation, dessen Erörterung noch aussteht, ist der einzige, der in Justinians Institutionen

---

sich der Zessionar im Fall der Defensionsweigerung in hülfloser Lage; es müßten ihm denn mit der Vindikation auch besitzverschaffende oder andere persönliche Aktionen abgetreten sein. Und so finde ich auch die zu zedierende *vindicatio* — mit diesem ihr eigentümlichen Namen benannt — in den Quellen (s. das Verzeichnis bei Stampe, Arch. f. ziv. Praxis 80 (1893), 314—320 - S. 317 ist 'Gaius' statt 'Paulus' einzusetzen) niemals allein erwähnt. Waren im Urtext die aus der Defensionsablehnung entspringenden Rechtsmittel genannt, so verfielen sie für die Pandekten der Streichung. Auch sonst sind Eingriffe der Kompilatoren in den Satzstücken, die von der gebotenen Zession handeln, recht wahrscheinlich. Wegen der Terminologie: neben '*vindicationem cedere*' — wofür das Vocabul. 1, 705 nur einen Beleg hat — *mandare*, *exhibere* (dazu aber Fr. Haymann, Sav.-Z. R. A. 40, 314, 2), *praestare* vgl. F. Schulz, Sav.-Z. R. A. 27, 139ff. — Was Lehre und Praxis der Gemeinrechtler aus der Abtretung der Vindikation gemacht haben, das schildert eingehend E. Stampe a. a. O. 80, 305ff., der über diese nachrömische Arbeit ein höchst ungünstiges Urteil fällt. — Endlich zu BGB § 931 nennen es die Protokolle zweiter Lesung 3 (1899), 203f. ein 'praktisch nicht wünschenswertes Ergebnis', wenn das Eigentum und der Eigentumsanspruch verschiedenen Personen zusteht.

[1]) Wohin es führt, wenn einer Ernst macht mit der Novation, der ein Eigentümer seine *rei vindicatio* durch Stipulation mit dem Besitzer der Sache unterworfen hat, das zeigt z. B. C. Salkowski, Zur Lehre von der Novation (1866) 75—77. Die von diesem Forscher gebotene Jurisprudenz der Unwirklichkeit war sicher für ihn selbst etwas wenig Erfreuliches. Statt éiner schlägt er nebeneinander zwei Lösungen vor. Die erste verwirft er, weil bei ihr etwas 'übersehen' sei; von der zweiten sagt er: durch sie 'wurde die Stipulation ihres novatorischen Charakters entkleidet'.

in erheblich anderer Fassung überliefert ist als bei Florentinus. Wenn das Anfangswort hier *quodve*, dort *quodque* lautet, so wird darauf freilich wenig[1]) Gewicht zu legen sein. Wenn ferner der justinianische und der von Theophilus übernommene Text nach *possides* noch ein *possideresve* aufweist, während es in den Pandekten fehlt, so ist sicher nur die von P. Krüger[2]) empfohlene Streichung die richtige Heilung. Beachtung verdient demnach bloß der dem Florentinischen Texte beigefügte Anhang: *dolove* — *possideas*. Der Kernsatz selbst aber lautet so:

quodve tu meum habes tenes possides.

In der neueren Wissenschaft sind diese Worte bisher wohl ausnahmslos auf die Vindikation der Sachen und vielleicht auch der Erbschaften bezogen worden. Allein Bedenken gegen die Notwendigkeit dieser Deutung hätten schon auf Grund von Gai. 4, 51 auftauchen müssen. Denn aus der Bemerkung dieses Juristen:

si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum

folgt unausweichlich, daß es ein *a possidente rem suam esse petere* war, wenn A^s A^s dem besitzenden N^s N^s unter Einlassungszwang (s. Plin. ep. 5, 10, 1) die formula ad exhibendum edierte. Nimmt man aber hinzu, was weiter oben ausgeführt ist: den Grundsatz der Klassiker, der als Gegenstand der Novation eine Forderung verlangt, und anderseits die Mitteilung in den Basilikenscholien, wonach die *hereditatis petitio* und *rei vindicatio* von der Novation ausgeschlossen waren, so zeigt sich sofort, welch ausschlaggebende Bedeutung der Gaiusstelle 4, 51 zukommt, wenn wir den dritten Absatz der Aquiliana richtig verstehen wollen.

Indes wird demnächst als ebenbürtiges Zeugnis neben Gaius noch die L. Ruhria II Z. 32:

eiusve eam rem esse aut se eam habere

---

[1]) Vgl. Wlassak, Der Judikationsbefehl der röm. Prozesse (Wien 1921) 24 A. 26.

[2]) CIC I Aufl. 11—13. Th. Mommsen wollte für '*possideresve*' '*possederasve*' einsetzen.

treten dürfen, sobald erwiesen ist, daß das ganze 22. Kapitel des Gesetzes ausschließlich von Aktionen *in personam* handelt.[1]) Einstweilen aber sollen bloß die anderen Quellen benutzt werden, aus denen sich etwas über den Inhalt des dritten Absatzes erschließen läßt.

Eines steht wohl jetzt schon fest. Aquilius kann auch hier nur an Forderungsrechte gedacht haben, und zwar an solche, die für den Eigentümer — vielleicht noch für andere dinglich Berechtigte — betreffs der Sache einen Leistungsanspruch gegen jedermann in sich schließen, der jene Sache als Besitzer oder Inhaber (*'habet, tenet'*) in der Gewalt hat.

Selbstverständlich sind durch das oben Gesagte keineswegs auch Aktionen getroffen wie die des Kommodanten und Deponenten, der die eigene Sache verliehen oder in Verwahrung gegeben hat. Denn der Verfasser des Formulars spricht als geschulter Jurist und hebt wohl zur Kennzeichnung der Ansprüche, die er im Auge hat, gerade das rechtlich Erhebliche hervor. Jener Kommodant aber stützt seine Forderung weder auf behauptetes Eigentum, noch ist sein Recht bedingt durch das derzeitige Haben der Sache auf seiten des Vertragsgegners, während doch der Text der Aquiliana das eine wie das andere für wichtig erklärt.

Von dieser Fassung der novierenden Stipulation werden wir unbedenklich annehmen dürfen, daß sie, auf das Wesentliche zielend, es auch treffend zum Ausdruck bringt. Eine andere Frage aber ist es, ob der Vertragstext, wie er vorliegt, genau den Wortlaut der Prozeßformeln (Aktionen, Interdikte) widerspiegelt, deren Beruf es war, den Obligationen des dritten Absatzes zum Schutz zu dienen? Wäre freilich der in Rede stehende Text auf ein einziges Rechtsmittel gemünzt, so hätte sich der engste Anschluß an die typischen *concepta verba* wie etwas Selbstverständliches aufgedrängt. Allein solche Widmung eines besonderen Satzes für nur éine Aktio ist bei der Art, wie das Formular sonst gefaßt ist, sehr unwahrscheinlich; und wäre sie doch beliebt worden, hätte Aquilius gewiß das so ausgezeichnete Rechts-

---

[1]) S. oben S. 421.

mittel ganz deutlich erkennbar gemacht. Somit werden wir auch hier an eine Gruppe von Aktionen, wenngleich nur beschränkten Umfangs, denken müssen. Gerade hierdurch aber mußte sich eine vollständigere Herübernahme von *concepta verba* in den Vertragstext als untunlich erweisen. Sollte eine Mehrzahl von Obligationen zusammenfassend, mit Benutzung der entsprechenden Prozeßformeln, bezeichnet werden, so war der Verfasser der Stipulation gezwungen, das allen Gemeinsame herauszusuchen und auf genauere Individualisierung zu verzichten. Doch konnte er sich hierbei allerdings des Kernstücks einer einzelnen Aktio bedienen, wenn dieses geeignet war, dasjenige Merkmal auszudrücken, welches als kennzeichnend gelten konnte für die ganze Gruppe.

Wenn ich recht vermute, war für Aquilius in der Tat gute Gelegenheit geboten, auf dem letzterwähnten Weg seine Aufgabe befriedigend zu lösen. Von der Prozeßformel, die er als Muster gebrauchen konnte, ist zufällig bei Gaius 4, 51 ein wichtiger Teil überliefert, die Worte nämlich:

rem (a possidente) suam esse (petere).

Belehrt uns der Jurist in dieser Stelle: es sei beide Male ein *rem nostram esse petere*, gleichviel ob wir *in rem agamus* oder *(vel) ad exhibendum*, so konnte allerdings die der Formel eingefügte Eigentumsbehauptung hier und dort gewiß nicht den nämlichen Zweck verfolgen. Anderseits ist es ebenso sicher unstatthaft, die Eigentumsbehauptung aus der Exhibitionsformel wegzuschaffen, mit der Begründung etwa, daß Gaius bloß sagen wolle: die Exhibition sei häufig die Vorbereitung einer demnächst folgenden Vindikation, in der A^s A^s die Prozeßsache als die seinige in Anspruch nehme. Wie die Formel der Vindikation unstreitig den *homo Stichus q. d. a.* als Eigentum des Klägers bezeichnet, so mußte nach den Worten des Gaius l. c. auch die Aktio ad exhibendum die gleiche Behauptung enthalten, ohne Zweifel um deswillen, weil sie die wichtigste Grundlage[1]) des auf Vorweisung gerichteten Begehrens zum Ausdruck brachte.

---

[1]) Nach Lenel, Sav.-Z. R. A. 37 (1916), 118f. wäre ein *vindicare velle* des A geeignet, die Exhibitionspflicht des besitzenden B 'recht-

Entscheidend bestätigt wird diese Auslegung durch einen Satz aus Ulpians (l. 24 ad ed. 719 D. 10, 4, 3 pr. § 1) Kommentar zur Exhibitionsformel:

In hac actione actor omnia nosse debet et dicere argumenta rei de qua agitur. Qui ad exhibendum agit, non utique se dominum dicit nec debet ostendere[1]*), cum multae sint causae ad exhibendum agendi.*

'Nicht in jedem Fall', 'nicht immer' — dies der Sinn des *non utique* — ediert der Kläger eine Formel, in der er sich als Eigentümer bezeichnet, darum nicht, weil es nicht der ausschließliche Beruf des Exhibitionsprozesses ist, die Sachvindikation vorzubereiten, und weil daher das die Regel bildende *rem A^i A^i esse*[2]) zuweilen durch einen Text ersetzt werden muß, der den anders gearteten Grund der begehrten Exhibition anzeigt. Dabei gebraucht Ulpian zwei-

---

lich zu begründen'; dagegen sei durch die Eigentumsbehauptung *(quod . . . suum esse ait)* des A der 'Grund des (auf Exhibition von seiten des B) erhobenen Anspruchs nicht angegeben'. Worauf aber diese Unterscheidung beruhen soll, vermag ich durchaus nicht einzusehen. Vom 'Rechtsgrund' ist bei der dinglichen Klage der Umstand zu trennen, der die Beziehung zu einem bestimmten Gegner herbeiführt.

[1]) Beseler, Beiträge 1, 34 will '*nec debet ostendere*' streichen und statt '*multae*' '*et aliae*' schreiben. So viel ist sicher, daß der Exhibitionskläger keinen strengen Eigentumsbeweis zu führen hatte. Aus Ulp. D. 10, 4, 3, 9 müßten wir schließen, daß nach klassischer Ordnung dem Privatrichter im Normalfall der A. ad exh. eine summarische Untersuchung der Eigentumsfrage aufgegeben war, wenn nicht auch der '*iudex*' von Trib. interpoliert wäre. Letzteres ist schon von A. Pernice, Sav.-Z. R. A. 14 (1893), 169, 1 (vgl. Pauly-Wissowa, R.-E. IV, 213) richtig bemerkt; dazu aus neuerer Zeit Beseler a. a. O. 1, 1. 30; B. Biondi, Summatim cognoscere, S.-A. aus Bull. IDR. 1920, p. 20. M. E. birgt aber der justinianisierte Text einen klassischen Kern. Ob die Eigentumsbehauptung des Exhibitionsklägers glaubhaft sei, darüber entschied in summarischer Untersuchung der Prätor; im Fall der Verneinung der Frage denegierte er den Prozeß. Indes waren trotz des prätorischen Bescheids die Formelworte: *quod A^s A^s Stichum . . . suum esse ait* keineswegs überflüssig. Zutreffendes darüber bei Beseler a. a. O. 1, 31. 32; s. auch Lenel, Edictum [2] 218.

[2]) Nochmals bestätigt ist es durch Ulp. l. 68 ad ed. 1477 D. 43, 5, 3, 5: *Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet.*

mal von dem *formulam* edierenden Kläger den Ausdruck '*dicit*', um so einen bestimmten Wortlaut der Streiturkunde hervorzuheben. Bei Heumann-Seckel⁹ ist diese wichtige Bedeutung von *dicere*, auf die vorlängst G. Demelius[1]) hingewiesen hat, nicht besonders vermerkt. Sie ist aber ausdrücklich bezeugt von Paulus (Coll. 2, 6, 3), der im Kommentar zu einem der allgemeinen Injurienedikte das darin dem Kläger aufgelegte '*certum dicat*' so erläutert: *demonstrat autem hoc loco praetor non vocem agentis, sed qualem formulam edat*, und ist auch sonst leicht nachweisbar, z. B. bei Gaius 4, 177, Ulp. D. 16, 3, 1, 40, Ulp. D. 47, 2, 19, 1. 2. 4 und im Titel 4, 6 von Justinians Inst.

Was hier über die Musterformel der Aktio ad exhibendum dargelegt ist, entspricht durchaus der von Lenel in allen Ausgaben seines Edictum (§ 90) vertretenen Ansicht. Nur um sie besser zu sichern, sind oben ein paar Bemerkungen hinzugefügt. Weshalb aber genügt nicht schon eine bloße Hinweisung auf jenes 'Edictum'? Weil es jetzt gilt, das von Lenel vor Jahren scharfsinnig Erkannte in Schutz zu nehmen gegen eine von ihm selbst ausgehende Anfechtung[2]), die als seine derzeit letzte Äußerung zur Sache Beachtung erheischt.

Sehe ich recht, so waren es hauptsächlich zwei[3]) Erwägungen, die Lenel bestimmten, seine frühere Lehre zu verleugnen. Die von ihm entworfene Formel der A. ad exhibendum hatte nicht in allen Punkten den Beifall der Kritik[4]) gefunden. Nun war es offenbar sein Wunsch, eine ganz einwandfreie Formel aufzubauen, die sich recht eng an den aus Gaius IV ersichtlichen Normaltypus anschließt. Für dieses Vorhaben aber schien ihm die bisher angenommene Demonstratio: *quod . . . suum esse ait* wenig förderlich zu sein.

Und noch aus einem zweiten Grunde glaubte er sie

---

[1]) Die Exhibitionspflicht (1872) 35, 1. Auch im Vocabul. II s. v. *dico* (Grupe) sind die hergehörigen Zeugnisse nicht zusammengestellt.

[2]) In der Sav.-Z. R. A. 37. 118f.

[3]) Dazu noch das oben S. 435 A. 1 Berichtete.

[4]) Vgl. aus jüngster Zeit V. Arangio Ruiz, Le formule con demonstratio (Cagliari 1912) 42—44, 2.

streichen zu sollen. Die enge Verwandtschaft der A. ad exhibendum mit den Interdikten, die im Fall erlaubter Defensionsweigerung zustehen, legte ihm den Gedanken nahe, den Rechtsgrund der gegnerischen Pflicht hier und dort in dieselben Worte zu fassen: die Vorweisungspflicht also abhängig zu machen von der Angriffsabsicht des Gegners, etwa so: *quod A^s A^s Stichum hom. a N^o N^o vindicare vult.*

Nach meinem Ermessen war es nicht gerechtfertigt, den alten Formelentwurf in so weitem Umfang preiszugeben. Wer bürgt denn dafür, daß die klassische Scholastik, wie sie Gaius schildert, mit ihrer Unterscheidung von *intentio*, *demonstratio*, *exceptio* und anderen 'Teilen' jemals imstande war, die Mannigfaltigkeit des Lebens zu meistern? Darüber ist ja kein Zweifel möglich: die Prozeßformeln mußten schon in beträchtlicher Zahl vorhanden sein, ehe die Schuljuristen mit ihrer Analyse einsetzen konnten, um dann jene Begriffe aufzustellen. Selbst die späteren Formelbauer aber werden nur selten mit Bewußtsein unter dem Zwang des Normalschemas gearbeitet haben. Sie wären ja auch schlechte Juristen gewesen, wenn sie der Schule und der von ihr geforderten Korrektheit zuliebe blutleere, unzweckmäßige Formeln entworfen hätten. Zudem war das Auseinanderhalten der einzelnen *partes* durchaus keine leichte Sache, da es den Gelehrten gar nicht gelungen war, für alle einschlägigen Begriffe treffende Definitionen zu finden. Für die *intentio* sind bei Gaius die Grenzen anerkanntermaßen viel zu eng gezogen, und für die *demonstratio* wieder bringt das Schulbuch eine Definition, die so weit und unbestimmt ist, daß sie zum mindesten die *intentio* und *praescriptio* mitbefaßt.[1])

Wer sich das Gesagte vor Augen hält, wird sich überhaupt hüten, dem Gaianischen Normaltypus allzuviel Vertrauen zu schenken. Bei der Aktio ad exhibendum aber dürfte noch besondere Vorsicht am Platze sein. Ohne Vorweisungspflicht ist von allem Anfang an die Eigentumsverfolgung, wie sie im alten Rom geordnet war, schlechthin

---

[1]) Vgl. Sav.-Z. R. A. 33, 103—105.



undenkbar. Dennoch ist heute keine Spur eines Gesetzes zu finden, auf dem jene notwendige Ergänzung beruht hätte. Wie es scheint, trat hier schon in uralter Zeit der Gerichtsmagistrat mit ungeschriebenem Rechte helfend ein. Die stetige Gerichtsübung mag dann allmählich zu volksrechtlicher Geltung gelangt sein.

Wenn wir hiernach für die A. ad exhibendum selbst den Ursprung der *concepta verba* ziemlich hoch hinaufrücken, so vermindert sich noch weiter die Wahrscheinlichkeit, bei der Wiederherstellungsarbeit durch Anschluß an die Gaianischen Muster dem Richtigen nahezukommen. Wer würde auch, von Gaius ausgehend, eine Formelfassung vermuten, wie sie die aus dem Ende der Republik stammenden, in der Rubria (c. 20) erhaltenen *verba iudicii* aufweisen?

Für seinen neueren Formelentwurf holt sich Lenel den von ihm *demonstratio* genannten Teil aus dem Interdiktum *quem fundum* (arg. Fr. Vat. 92). Steht aber wirklich das bei ausbleibender Defension gewährte Interdikt der A. ad exhibendum so nahe, daß Übereinstimmung der Texte angenommen werden darf? Man mag über die Notwendigkeit der Sachpräsenz in der Reivindikatio nach Beseitigung der Legisaktio wie immer denken[1]), unverkennbar ist jedenfalls die Bestimmung der A. ad exhibendum, den Eigentumsprozeß vorzubereiten. Vermutet der Kläger seine Sache in den Händen des B[2]), so wird ihm die begehrte Vorweisung in diesem Punkte Gewißheit verschaffen und ihm so zu einer Vindikation mit sicherem Erfolg verhelfen. Lehnt aber der Besitzer die Einlassung

---

[1]) Die Frage der notwendigen Sachpräsenz ist zwischen Lenel und Beseler streitig. Ich meine, daß der Wegfall des Anfassens (die Beseitigung der Legisaktio) das Hinbringen der Sache ins Jus nicht überflüssig gemacht hat. Allein möglich war das Erfordernis der Sachpräsenz nur in einer Kleinstadt und in kleinen Verhältnissen. Mit dem Großstaat und dem Weltverkehr war die alte Ordnung unvereinbar. Sie mußte allmählich zurücktreten.

[2]) Um mit der A. ad exhibendum zu siegen, mußte der Kläger m. E. nachweisen, daß der Gegner eine Sache mit den in der Prozeßformel bezeichneten Merkmalen (D. 10, 4, 3 pr.) im Besitze hat oder *d. m. f. q. m. p.*

in den dinglichen Rechtsstreit ab, so ist wieder, wie gerade Lenel (Grünh. Ztschr. XXXVII) überzeugend ausführt, das Exhibitionsverfahren das rechte Mittel, den Übergang des Sachbesitzes auf den Kläger zuverlässig einzuleiten.

Hingegen das *quem fundum* und die anderen gleichartigen Interdikte haben niemals die Aufgabe gehabt, die Aktio *in rem* vorzubereiten; vielmehr setzen sie ja voraus, daß der dingliche Prozeß schon vereitelt sei. Anderseits führt wieder das *quem fundum* unmittelbar zur Restitution der Streitsache, während die Aktio ad exhibendum unfähig ist, die mit der Defensionsweigerung verknüpften Rechtsfolgen selbst zu verwirklichen. Um dies letzte Ziel zu erreichen, muß der Kläger sich noch amtlich ermächtigen lassen, die exhibierte Sache 'mit sich zu führen oder hinwegzunehmen'.

Ob es hiernach unbedenklich ist, von einer 'vollkommensten Analogie'[1]) des Verfahrens hier und dort zu sprechen, das glaube ich bezweifeln zu sollen und muß es daher ablehnen, das Interdiktum *quem fundum* als Vorbild für die Wortfassung der Exhibitionsformel gelten zu lassen. Kräftig unterstützt wird dieses Urteil noch durch die Wahrnehmung, daß wir bei solcher Rückkehr zu Lenels älterer Ansicht[2]) einen bloß vermuteten Formeltext preisgeben, um dafür einen anderen einzutauschen, dem ganz verlässige Zeugnisse zur Seite stehen.

Von der A. ad exhibendum sagt Ulpian (l. 24 ad ed. 718 D. 10, 4, 1), sie sei *perquam necessaria* und *vis eius in usu cottidiano est.*[3]) Wird ihr für die frühklassische Zeit die

---

[1]) So Lenel in Grünhuts Ztschr. 37, 521.

[2]) Von dieser weiche ich nur insofern ab, als ich auf die Herstellung einer vollständigen Formel verzichten und mich mit den sicher nachweisbaren Teilen begnügen würde. — Lenels neuere Formel knüpft ein — abgesehen vom '*quidquid*' — ungemildertes *oportere* an die geäußerte Absicht irgendeines A^s A^s, die Sache, welche ein anderer im Besitze hat, zu vindizieren. Für wahrscheinlich halte ich eine solche Formelfassung nicht; jedenfalls ist sie nicht im Einklang mit Gai. 4, 51 und Ulp. D. 10, 4, 3, 1.

[3]) Beseler a. a. O. 1, 33f. 11 bezweifelt die Echtheit der Worte, nicht auch die Richtigkeit dessen, was Ulpian mitteilt.



nämliche Wichtigkeit zugeschrieben, wie sie für die severische Epoche bezeugt ist, so werden wir damit gewiß nicht fehlgehen. Weiter aber wird man auch vermuten dürfen, daß hiernach dem Juristen Aquilius zu allererst die Exhibitionsformel in die Augen fallen mußte, wenn er sich mit der Absicht trug, in seiner Stipulation eine Gruppe von Obligationen besonders aufzuführen, deren Beruf es war, den Eigentumsschutz zu erleichtern und, wo er versagte, Ersatz dafür zu schaffen oder doch vorzubereiten. Wenn also Aquilius aus jener im *usus cottidianus* stehenden Formel die Eigentumsbehauptung herübernahm und dazu noch anmerkt, daß die so beanspruchte Sache in fremder Hand sei *(habet tenet possidet)*, so war durch diesen Text die Schuldpflicht auf Vorweisung wie dem Rechtsgrund nach so in ihrer Richtung auf bestimmte Gegner und selbst in ihrem letzten Ziele mit genügender Deutlichkeit angezeigt. Mit denselben Worten aber waren zugleich noch manche anderen Obligationen getroffen, deren Beiordnung zur Vorweisungspflicht sich durch Übereinstimmung im Endzweck rechtfertigt.

Übrigens ist es noch keineswegs entschieden, ob die Eigentumsbehauptung gerade eine Eigentümlichkeit der Exhibitoria ausmacht, oder ob sie — sei es auch ohne sicheren Nachweis — ebenso in der Formel des *quem fundum* und ähnlich auch im Interdiktum *quam hereditatem* anzunehmen sei. Für die erstere Ansicht bieten die Anfangsworte des im Fall verweigerter Defensio eines Nießbrauchs zuständigen Interdikts: '*quem usum fructum vindicare velit*' (Vat. Fr. 92) keinerlei Stütze dar; während anderseits für die förmliche Eigentumsverfolgung in Jure der Gebrauch von *suum esse vindicare* noch durch Zeugnisse[1]) aus spätklassischer Zeit zweifelfrei feststeht. So oft auch in den Schriften der Juristen '*rem*' statt '*dominium vindicare*' gesetzt ist, so wenig wahrscheinlich ist das Eindringen dieser

---

[1]) Gai. 2, 96: *qui in potestate . . . sunt . . . conveniens est . . ., ut nihil suum esse in iure vindicare possint*, Paul. l. 2 quaest. 1285 D. 6, 1, 66: *quid nostrum esse vindicabimus*, Ulp. l. 5 de omn. trib. 2277 D. 42, 2, 6, 2: *si fundum vindicem meum esse*, Ulp. l. 44 ad Sab. 2915 D. 34, 2 27, 4: *pater familias . . . vindicare potuit suum esse.*



bequemen Ausdrucksweise in die sorgsam entworfenen Formeln des prätorischen Albums. Die durch Ablehnung der Grundstücks- und der Erbschaftsvindikation hervorgerufenen Interdikte werden demnach etwas umständlicher gelautet haben, als es Lenel vorschlägt, mithin in Nachbildung der Legisaktio (Cic. p. Mur. 12, 26) etwa so:

quem fundum (quam hereditatem) ille a te ex iure Quiritium suum (suam) esse vindicare vult . . .

Selbst aber wenn von dieser genaueren Fassung — als unbeglaubigt — abzusehen wäre, müßten wir doch die unverkennbar in dem rem (hereditatem) vindicare enthaltene Eigentumsbehauptung gelten lassen, und diese allein würde schon genügen, um die Deutung des dritten Absatzes der Stipulation auf die vorgenannten Interdikte gut zu begründen.

Schwierig ist es, eine verlässige Antwort auf die Frage zu finden, welche Obligationen etwa neben den dreien, die schon erwähnt sind, noch der letzten, von Aquilius aufgestellten Gruppe zuzurechnen sind?

Geht man vom *quem fundum* aus, so liegt es nahe, zunächst das *secundarium* beim *Uti possidetis* (Gai. 4, 170) in Erwägung zu ziehen, da beide Interdikte ihre Begründung in gleicher Weise im erlaubten *non defendere* haben und beide gegen den Besitzer auf Sachrestitution gerichtet sind. Allein der Kläger, der das *secundarium* postuliert, kann doch gewiß — um mit Gallus Aelius[1]) zu sprechen — nicht *rem suam dicere (vocare)*; und demgemäß konnte auch das Interdikt[2]) des Prätors den Restitutionsbefehl nur vom Vorbesitz des Klägers abhängig machen.

---

[1]) Fest. p. 233. Aelius hat allerdings das Primärinterdikt im Auge, nicht das einseitige sekundäre. Bei der Herstellung des verderbten Textes folge ich zum Teil Huschke, der *his vere* durch *is suam rem* ersetzt. Dagegen behalte ich im zweiten Satze das überlieferte *nemo ex his* bei und schalte nach *possessionem* die Worte *habet, rem* ein; so Prozeßgesetze 1, 74. 1.

[2]) Ubbelohde in Glücks Pand. Ser. d. B. 43. 44 V, 442 ff. läßt den Prätor das *secundarium* nur aussprechen, wenn ihm das '*cetera ex interdicto non facere*' des Verklagten schon feststand (anders P. Krüger. Krit. Versuche 103) und gelangt daher (S. 446) zu einem durch Kürze ausgezeichneten Formelentwurf.

Sehr ungenügend bekannt sind die Rechtsmittel[1]), die der Prätor zulassen mußte, wenn der Prozeß, den A^s^ A^s^ zu führen beabsichtigt, um eine Realservitut geltend zu machen oder sie vom eigenen Grundstück abzuwehren, vom verklagten Gegner durch Nichtdefensio vereitelt wird. Waren es, wie man vermuten darf, wiederum Interdikte — ungefähr nach dem Muster des *quem fundum* —, so fielen sie doch keineswegs unter die hier zu erörternden Worte der Aquiliana, schon deswegen nicht, weil das jeweilen zutreffende Interdikt dem Verklagten niemals die Herausgabe einer in seinen Händen befindlichen Sache auflegen konnte.

Dem Gesagten nach scheint sich die Annahme zu bewähren, daß der dritte Absatz der Stipulation lediglich Obligationen betrifft, die mit dem Schutz des Eigentums zusammenhängen, und zwar des Eigentums sowohl an Sachen wie am Nachlaß.[2]) Nur das eine könnte für zweifelhaft gelten, ob nicht eine Ausnahme anzunehmen sei bezüglich der Rechtsmittel, die im Fall versagter Einlassung demjenigen zustehen, der im Begriffe war, Ususfrukt, Usus oder eine Abart dieser Rechte im dinglichen Prozesse zu verfolgen. Wie § 92 der Vat. Fr. zeigt, zielt das unter solcher Voraussetzung vom Prätor gegebene Interdikt auf 'Restitution des Ususfruktus', d. h. auf Herausgabe der Sache, zwar nicht zu Besitz, wohl aber zur Inhabung. Nicht weniger sicher ist es ferner, daß nach römischer Ausdrucksweise, die ungeändert aus der Zeit der Legisaktionen in die der *concepta verba* überging, und genau entsprechend der neueren Intentio: *si paret A^o A^o ius esse . . . uti frui*, der Nießbrauchkläger einer war, der *usum fructum suum (esse) dicit* oder *vindicat.*[3]) Darnach lautet unsere Zweifels-

[1]) Vgl. statt aller Lenel, Edictum [2] 463f.

[2]) Wenn *A^s A^s hereditatem ex iure Quiritium suam esse* vindizieren konnte, so ist damit m. E. die Denkform des Nachlaßeigentums von selbst gegeben.

[3]) Vgl. Ulp. l. 17 ad ed. 590 D. 7, 6, 5 pr., Pomp. l. 31 ad Sab. 755 D. 44, 2, 21, 3, Vat. fr. 92. Durchaus irrig Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 535f. Pomp. l. c. ist hier angeführt, obwohl der zerrüttete und mehrfach verdächtigte Text noch keine überzeugende Heilung gefunden hat. Nach Arangio Ruiz, Archivio giur. 82 (1909), 445, 1 wäre auch der Satz: *quia qui fundum habet, usum fructum suum vindicare non potest* unecht.

frage jetzt so, ob die Worte der Aquiliana: *quod tu meum habes tenes possides* auch auf einen von und für A^s A^s vindizierbaren Ususfrukt zu beziehen seien?

Unter dem, was *meum est*, ist gewiß in aller Regel eine res mea zu verstehen, eine Sache also, die mir zu Eigentum gehört. Wer hiervon abweichend das *meum* des dritten Absatzes in weiterer Bedeutung fassen wollte, müßte sich wohl zur Begründung auf die alte, neuerdings wieder aufgenommene Lehre vom Ususfrukt als *pars dominii*[1]) berufen, derzufolge eine besonders nahe Beziehung zwischen Nießbrauch und Eigentum zu behaupten und der erstere als ein herausgenommenes Stück des letzteren Rechts[2]) zu betrachten wäre. Hält man aber diese Vorstellung für anfechtbar und mindestens für unbewiesen, so ist es ein Gebot der Vorsicht, bei der Deutung unserer Stipulationsformel nicht weiter zu gehen, als der gewöhnliche Wortsinn trägt.

Sollte in dem letzten, eben erörterten Punkte kein ganz sicheres Ergebnis erreicht sein, so ist doch der Schaden nicht allzu groß, weil etwaige Textlücken, mochten sie im dritten oder im ersten Absatz hervortreten, wegen des allumfassenden Mittelstücks den Gebrauch des Formulars im Verkehrsleben nicht beeinträchtigen konnten. Auch hier aber möchte man gerne wissen, weshalb Aquilius dem anscheinend allein genügenden Satz: *quarum rerum mihi tecum actio . . . est eritve* noch weitere Worte folgen ließ?

Wenn es nicht um der Vervollständigung willen geschah, so muß es sich um solche Gruppen von Schuldverhältnissen handeln, die, sei es ihrer Wichtigkeit, sei es ihrer Eigenart wegen zu besonderer Erwähnung empfohlen waren. Versucht man demnach für die Obligationen des dritten Absatzes das sie vor anderen Auszeichnende zu ermitteln, so dürfte eines vor allem als erheblich in die Augen fallen.

Bei der großen Mehrzahl der Forderungen will die

---

[1]) Vgl. Paul. l. 2 ad ed. 99 D. 7, 1, 4 (unecht: *in multis casibus*) und Paul. l. 21 ad ed. 339 D. 50, 16, 25 pr. In der letzteren Stelle hätte der Jurist nach Pampaloni, Bull. IDR. XXII 25f. genau das Gegenteil von dem gesagt, was die l. c. schwer interpolierten Pandekten bieten.

[2]) Die Annahme dieser Lehre ist — wie ich glaube — keineswegs nötig, um Vat. fr. 83 und ähnlich lautende Pandektenstellen zu begreifen.

Leistung dem Gläubiger etwas zubringen, was er bisher nicht hatte. Hier dagegen stehen Obligationen in Frage, die nur erhaltende Wirkung haben: die dem Gläubiger bloß zur Verwirklichung eines vorher schon erworbenen, jetzt aber verletzten Eigentums verhelfen. Soll der angedeutete Gegensatz auf einen kurzen Ausdruck gebracht werden, so würde ich — in Anlehnung an Gai. 4, 170[1]) — vorschlagen, von primären und sekundären Obligationen zu sprechen. Die hier an zweiter Stelle genannten sind nicht bloß deshalb 'sekundär', weil sie in Jure erst in Gebrauch genommen werden, sobald der beabsichtigte dingliche Prozeß vereitelt ist oder sonst auf Schwierigkeiten stößt. Sekundär sind sie auch ihrer rechtlichen Bestimmung nach, weil sie den Zweck ihres Daseins nicht in sich tragen, sondern bloß um eines anderen Rechtsverhältnisses willen anerkannt sind, dem sie tatsächliche Geltung verschaffen sollen.

Der hervorgehobene Unterschied der primären Obligationen (z. B. aus Kauf oder Darlehn) und der sekundären ist bedeutungsvoll und so leicht greifbar, daß es nicht erst der Analyse des gelehrten Fachjuristen bedurfte, um ihn zutage zu fördern. Auch der geschäftskundige Laie konnte und mußte ihn bemerken. Für ihn waren wohl die *in personam* gerichteten Rechtsmittel des dritten Absatzes die schlechthin unentbehrlichen Hilfsmittel des Eigentumsschutzes. Ja sie mochten infolge der überragenden Wichtigkeit, die sie im Leben hatten, in der Vorstellung des Laien die schwerfällige und im Gericht selten auftretende Aktio *in rem* ganz und gar verdecken oder mindestens als bevorzugter Ersatz der Reivindikatio gelten.

Wie aber nahm Aquilius Gallus Stellung zu dieser, wie man vermuten darf, populären Anschauung? Er trug ihr in derselben Weise Rechnung, wie er auch dem Verlangen der Kaufleute nachgekommen war, die in seiner Stipulation ihre alltäglichen Geschäftsobligationen nicht missen wollten. Ähnlich erhielten nun auch die Sekundär-

---

[1]) Gaius vom Uti possidetis handelnd: *quia . . . non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et comparavit interdicta quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur.*



obligationen aus dem Bereich des Eigentumsschutzes ihren besonderen Platz im Novationsformular, weil dem Römer die das Grundrecht an der Sache — mittelbar oder unmittelbar — wahrenden Prozeßmittel nicht weniger wichtig waren als die neuen Erwerb einleitenden Aktionen.

Über den Verfasser der Stipulation scheint sich aus dem eben Gesagten ein ziemlich sicheres Urteil zu ergeben. Unser Aquilius war als Formelerbauer nichts weniger als ein pedantischer Theoretiker, und er war auch gar nicht darauf erpicht, seine Formeln bloß aus selbstverfertigtem Stoffe zusammenzusetzen. Der erste Absatz ist sehr wahrscheinlich altüberliefertes Gut und auch die Wortfassung des dritten könnte immerhin von einem älteren Juristen entlehnt sein. Dagegen ist das eingeschlossene Kernstück wohl unbestreitbar eine Eigenschöpfung des Aquilius, und zwar peinlich saubere, die Aufgabe restlos erledigende Arbeit. Von ihr wird auch das Ganze den unzerstörbaren Namen bekommen haben.

Sehr bemerkenswert aber ist die neidlose Liberalität, mit der der Urheber seinem eigenen Werk durch mehr oder minder fremde Einschiebsel — die zugleich populäre Zugeständnisse sind — Abbruch tut. Natürlich mußte es Aquilius wissen, daß sein zweiter Absatz keine Lücken aufweist und daher keiner Ergänzung bedarf. Trotzdem fügt er unbedenklich — ein Purist würde sagen: — entstellende Zutaten ein. Und weshalb er es tat? Schon oben sind hierfür aus der Sache genommene Gründe angeführt. Anderes aber möchte noch hinzukommen.

In dem Mittelstück, das sein Werk ist, geht der Jurist im Generalisieren und im Zusammenfassen einer schwer übersehbaren Vielheit, die er in ganz wenige Worte einfängt, bis an die äußerste Grenze. Von solcher Abstraktion mochte Aquilius — wohl mit Recht — einen befremdenden Eindruck auf seine Mitbürger besorgen. Zu helfen war hier nur durch Zusätze, die das Allgemeine durch Beispiele oder etwas dem Ähnliches lebendig machen. Wenn aber gleich an der Spitze des Formulars eine Klausel leicht faßlichen Inhalts stand, die ja dem geschäftskundigen Römer vertraut sein mußte, war der Vorwurf viel besser

abzuwehren, daß die Musterstipulation eine nur gelehrte Schöpfung sei und daß in ihr bloß Zünftige so recht Bescheid wissen.[1])

Wenn endlich Aquilius dem Eigentumsschutze nicht sofort den zweiten, sondern erst den letzten Platz einräumt, so scheint ihn der Gedanke geleitet zu haben, daß die Sekundärobligationen, so sehr sie für echte Schuldverhältnisse gelten müssen, doch ihrer Zweckbestimmung nach schon in ein anderes Gebiet gehören und daher in einer Aufzählung der Obligationen passend an den Schluß der Reihe zu stellen sind.

VII.

Der Text der Aquiliana, so wie ihn Florentinus überliefert, ist im vorstehenden vollständig erläutert. Nun bieten aber Justinians Institutionen im dritten Absatz — nach '*possides*' — noch folgendes:

dolove malo fecisti, quo minus possideas.

Da der vorliegende Aufsatz nur von der klassischen Aquiliana handelt, ist zuerst die Vorfrage zu beantworten, von welcher Zeit ab wir das mitgeteilte Satzstück als Bestandteil des alten Formulars zu betrachten haben?

In éinem Punkte sind m. W. die Gelehrten[2]) durchaus einig. Alle nehmen an, daß eine Klausel, welche Besitz und arglistigen Nichtbesitz gleichstellt, in der von Aquilius verfaßten Stipulation ursprünglich nicht enthalten war. Denn maßgebend könne nur der Text sein, den Florentinus bietet, weil die Institutionen dieses Juristen dem Zeitalter, aus dem das Formular stammt, sehr viel näher stehen als das kaiserliche Lehrbuch des 6. Jahrhunderts. So triftig diese Erwägung ist, so wenig ist sie schon voll ausgenützt. Wenn Florentins fr. 18 D. 46, 4 die Stipulatio noch in einer Fassung bringt, die jenen Zusatz vermeidet, so darf daraus sicher auf einen Wortlaut geschlossen werden, der

---

[1]) Diese Erklärung und die oben S. 417f. gegebene können nebeneinander bestehen. Wer dagegen Bedenken hat, möge die eine oder andere wählen.

[2]) S. oben S. 396 A. 1.



auch im letzten Drittel des 2. Kaiserjahrhunderts[1]) und wohl überhaupt die klassische Zeit hindurch im Gebrauche war. Demnach hat sich der dritte Absatz wahrscheinlich jahrhundertelang genau in der Form behauptet, die er gleich vom Beginn an aufwies. Die Zuverlässigkeit von Florentins Bericht kann ja mit Grund nicht angefochten werden, und ebenso ausgeschlossen ist es, den Kompilatoren eine Kürzung des Textes schuld zu geben.

Wenn die Aquilische Stipulation von dem schwieg, *qui dolo malo fecit, quo minus possideret,* so ist damit nicht ohne weiteres gesagt, daß sie nicht doch so verstanden wurde, als ob sie jenen Zusatz enthielte. Aus mehreren Äußerungen der Pandekten[2]) ist deutlich zu ersehen, wie eifrig Antistius Labeo — von den schöpferischen Köpfen einer der einflußreichsten — bemüht war, der Lehre vom fictus possessor die Bahn zu brechen und ihr Anwendungsgebiet zu erweitern. Anderseits ist in den kaiserzeitlichen Quellen für eine beträchtliche Zahl von Interdikten die Ausstattung der im Album proponierten Formel mit der Gleichstellungsklausel einwandfrei bezeugt. Ob freilich diese Texte, so wie sie jetzt lauten, erst nach Labeo entstanden sind oder schon aus der Zeit des Freistaats stammen, das muß unentschieden bleiben. So viel aber steht fest: Labeo verlangt die Anwendung seiner Lehre auch da, wo die auszulegende Quelle, ohne jene Klausel beizufügen, einen Besitzstand voraussetzt, der jetzt noch, zur Zeit des Prozesses, vorhanden ist.[3])

Von demselben Juristen haben wir sehr bestimmte Aussprüche[4]) über die Haftung dessen, *qui d. m. f. q. m. p.,* wenn er mit Aktio ad exhibendum belangt wird. Fraglich nur, ob sich Labeo hierbei auf den Text eines vom Prätor

---

[1]) Vgl. P. Krüger, Geschichte d. Quellen [2] 215, 17; Kipp, Geschichte d. Quellen [4] 132, 57.

[2]) Angeführt sind sie von Leist in Glücks Pand. Ser. d. B. 37. 38 I, 396f.; G. Demelius, Exhibitionspflicht 188, 1—3; Pernice, Labeo [2] II, 2 S. 68, 2f.

[3]) Vgl. Ulp. l. 68 ad ed. 1503 D. 43, 8, 2, 42, Ulp. l. 68 ad ed. 1519 D. 43, 13, 1, 13.

[4]) Bei Pomp. l. 18 ad Sab. 657 D. 10, 4, 15 und Pomp. l. 22 ad Sab. 687 D. 12, 4, 15.

für die genannte Aktio proponierten Musters stützen konnte? Gewiß mit Recht nimmt Lenel[1]) für das Julianische Album eine Formel ad exhibendum an, die den dolosen Nichtbesitzer ausdrücklich dem Besitzer gleichstellt. Hätte schon Labeo den gleichen Text vor Augen gehabt, so wüßten wir auch zuverlässig, weshalb er gar keinen Zweifel an der Richtigkeit seiner Behauptung merken läßt.

Nach dem Vorbild der wiederhergestellten Aktio ad exhibendum und des im Wortlaut erhaltenen Interdiktes de tabulis exhibendis (D. 43, 5, 1 pr.) gestaltet Lenel[2]) die Haftungserfordernisse in der Person des Verklagten auch für das Interdiktum *quem fundum*. Ebenso würde er vermutlich, wenn er vor die Aufgabe gestellt wäre — ohne Anhalt in den Quellen — eine Formel des *quam hereditatem* zu entwerfen, die fragliche Dolusklausel auch in dieses letztere Interdikt einschalten. Von einem recht gesicherten Wissen kann freilich in allen diesen Dingen nicht wohl die Rede sein. Immerhin behaupten wir schwerlich etwas Unwahrscheinliches, wenn wir den unter den dritten Absatz der Aquiliana fallenden Rechtsmitteln — vielleicht allen — die ausdrückliche Erwähnung des fictus possessor zusprechen. Wie aber stimmt dazu der von Florentin überlieferte Text eben dieses dritten Absatzes?

Da darüber jede Nachricht aus der Zeit der Klassiker fehlt, dürfen nur Antworten verlangt werden, die bestenfalls möglich sind. Keine von ihnen will die allein richtige sein. Wie Labeos freie Auslegung zeigt, deren oben gedacht ist, wäre es nichts Unerhörtes gewesen, wenn die Juristen die Worte der Aquiliana: qui *habet tenet possidet* für fähig erklärt hätten, den fictus possessor mit einzuschließen. Auch ohne das — neuerdings angefochtene[3]) — Zeugnis Ulpians l. 71 ad ed. 1608 D. 50, 17, 157, 1 ist es

---

[1]) Edictum [2] 214f.; Sav.-Z. R. A. 37, 119. Gegenteiliger Ansicht sind G. Demelius, Exhibitionspflicht 36. 185ff.; Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 450f. Als für Lenel beweisend möchte ich besonders Ulp. l. 24 ad ed. 721 D. 10, 4, 9 pr. 2. 4 unterstreichen, wo das *d. m. f. q. m. p.* dreimal wiederkehrt.

[2]) Edictum [2] 458.

[3]) H. Siber, Rei vindicatio 17 streicht als kompilatorisch das Wort *semper*.

auch im letzten Drittel des 2. Kaiserjahrhunderts[1]) und wohl überhaupt die klassische Zeit hindurch im Gebrauche war. Demnach hat sich der dritte Absatz wahrscheinlich jahrhundertelang genau in der Form behauptet, die er gleich vom Beginn an aufwies. Die Zuverlässigkeit von Florentins Bericht kann ja mit Grund nicht angefochten werden, und ebenso ausgeschlossen ist es, den Kompilatoren eine Kürzung des Textes schuld zu geben.

Wenn die Aquilische Stipulation von dem schwieg, *qui dolo malo fecit, quo minus possideret*, so ist damit nicht ohne weiteres gesagt, daß sie nicht doch so verstanden wurde, als ob sie jenen Zusatz enthielte. Aus mehreren Äußerungen der Pandekten[2]) ist deutlich zu ersehen, wie eifrig Antistius Labeo — von den schöpferischen Köpfen einer der einflußreichsten — bemüht war, der Lehre vom fictus possessor die Bahn zu brechen und ihr Anwendungsgebiet zu erweitern. Anderseits ist in den kaiserzeitlichen Quellen für eine beträchtliche Zahl von Interdikten die Ausstattung der im Album proponierten Formel mit der Gleichstellungsklausel einwandfrei bezeugt. Ob freilich diese Texte, so wie sie jetzt lauten, erst nach Labeo entstanden sind oder schon aus der Zeit des Freistaats stammen, das muß unentschieden bleiben. So viel aber steht fest: Labeo verlangt die Anwendung seiner Lehre auch da, wo die auszulegende Quelle, ohne jene Klausel beizufügen, einen Besitzstand voraussetzt, der jetzt noch, zur Zeit des Prozesses, vorhanden ist.[3])

Von demselben Juristen haben wir sehr bestimmte Aussprüche[4]) über die Haftung dessen, *qui d. m. f. q. m. p.*, wenn er mit Aktio ad exhibendum belangt wird. Fraglich nur, ob sich Labeo hierbei auf den Text eines vom Prätor

---

[1]) Vgl. P. Krüger, Geschichte d. Quellen [2] 215, 17; Kipp, Geschichte d. Quellen [4] 132, 57.

[2]) Angeführt sind sie von Leist in Glücks Pand. Ser. d. B. 37. 38 I, 396f.; G. Demelius, Exhibitionspflicht 188, 1—3; Pernice, Labeo [2] II, 2 S. 68, 2f.

[3]) Vgl. Ulp. l. 68 ad ed. 1503 D. 43, 8, 2, 42, Ulp. l. 68 ad ed. 1519 D. 43, 13, 1, 13.

[4]) Bei Pomp. l. 18 ad Sab. 657 D. 10, 4, 15 und Pomp. l. 22 ad Sab. 687 D. 12, 4, 15.

für die genannte Aktio proponierten Musters stützen konnte? Gewiß mit Recht nimmt Lenel[1]) für das Julianische Album eine Formel ad exhibendum an, die den dolosen Nichtbesitzer ausdrücklich dem Besitzer gleichstellt. Hätte schon Labeo den gleichen Text vor Augen gehabt, so wüßten wir auch zuverlässig, weshalb er gar keinen Zweifel an der Richtigkeit seiner Behauptung merken läßt.

Nach dem Vorbild der wiederhergestellten Aktio ad exhibendum und des im Wortlaut erhaltenen Interdiktes de tabulis exhibendis (D. 43, 5, 1 pr.) gestaltet Lenel[2]) die Haftungserfordernisse in der Person des Verklagten auch für das Interdiktum *quem fundum*. Ebenso würde er vermutlich, wenn er vor die Aufgabe gestellt wäre — ohne Anhalt in den Quellen — eine Formel des *quam hereditatem* zu entwerfen, die fragliche Dolusklausel auch in dieses letztere Interdikt einschalten. Von einem recht gesicherten Wissen kann freilich in allen diesen Dingen nicht wohl die Rede sein. Immerhin behaupten wir schwerlich etwas Unwahrscheinliches, wenn wir den unter den dritten Absatz der Aquiliana fallenden Rechtsmitteln — vielleicht allen — die ausdrückliche Erwähnung des fictus possessor zusprechen. Wie aber stimmt dazu der von Florentin überlieferte Text eben dieses dritten Absatzes?

Da darüber jede Nachricht aus der Zeit der Klassiker fehlt, dürfen nur Antworten verlangt werden, die bestenfalls möglich sind. Keine von ihnen will die allein richtige sein. Wie Labeos freie Auslegung zeigt, deren oben gedacht ist, wäre es nichts Unerhörtes gewesen, wenn die Juristen die Worte der Aquiliana: qui *habet tenet possidet* für fähig erklärt hätten, den fictus possessor mit einzuschließen. Auch ohne das — neuerdings angefochtene[3]) — Zeugnis Ulpians l. 71 ad ed. 1608 D. 50, 17, 157, 1 ist es

[1]) Edictum [2] 214f.; Sav.-Z. R. A. 37, 119. Gegenteiliger Ansicht sind G. Demelius, Exhibitionspflicht 36. 185ff.; Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 450f. Als für Lenel beweisend möchte ich besonders Ulp. l. 24 ad ed. 721 D. 10, 4, 9 pr. 2. 4 unterstreichen, wo das *d. m. f. q. m. p.* dreimal wiederkehrt.

[2]) Edictum [2] 458.

[3]) H. Siber, Rei vindicatio 17 streicht als kompilatorisch das Wort *semper*.

auch im letzten Drittel des 2. Kaiserjahrhunderts[1]) und wohl überhaupt die klassische Zeit hindurch im Gebrauche war. Demnach hat sich der dritte Absatz wahrscheinlich jahrhundertelang genau in der Form behauptet, die er gleich vom Beginn an aufwies. Die Zuverlässigkeit von Florentins Bericht kann ja mit Grund nicht angefochten werden, und ebenso ausgeschlossen ist es, den Kompilatoren eine Kürzung des Textes schuld zu geben.

Wenn die Aquilische Stipulation von dem schwieg, *qui dolo malo fecit, quo minus possideret*, so ist damit nicht ohne weiteres gesagt, daß sie nicht doch so verstanden wurde, als ob sie jenen Zusatz enthielte. Aus mehreren Äußerungen der Pandekten[2]) ist deutlich zu ersehen, wie eifrig Antistius Labeo — von den schöpferischen Köpfen einer der einflußreichsten — bemüht war, der Lehre vom fictus possessor die Bahn zu brechen und ihr Anwendungsgebiet zu erweitern. Anderseits ist in den kaiserzeitlichen Quellen für eine beträchtliche Zahl von Interdikten die Ausstattung der im Album proponierten Formel mit der Gleichstellungsklausel einwandfrei bezeugt. Ob freilich diese Texte, so wie sie jetzt lauten, erst nach Labeo entstanden sind oder schon aus der Zeit des Freistaats stammen, das muß unentschieden bleiben. So viel aber steht fest: Labeo verlangt die Anwendung seiner Lehre auch da, wo die auszulegende Quelle, ohne jene Klausel beizufügen, einen Besitzstand voraussetzt, der jetzt noch, zur Zeit des Prozesses, vorhanden ist.[3])

Von demselben Juristen haben wir sehr bestimmte Aussprüche[4]) über die Haftung dessen, *qui d. m. f. q. m. p.*, wenn er mit Aktio ad exhibendum belangt wird. Fraglich nur, ob sich Labeo hierbei auf den Text eines vom Prätor

---

[1]) Vgl. P. Krüger, Geschichte d. Quellen [2] 215, 17; Kipp, Geschichte d. Quellen [4] 132, 57.

[2]) Angeführt sind sie von Leist in Glücks Pand. Ser. d. B. 37. 38 I, 396f.; G. Demelius, Exhibitionspflicht 188, 1—3; Pernice, Labeo [2] II, 2 S. 68, 2f.

[3]) Vgl. Ulp. l. 68 ad ed. 1503 D. 43, 8, 2, 42, Ulp. l. 68 ad ed. 1519 D. 43, 13, 1, 13.

[4]) Bei Pomp. l. 18 ad Sab. 657 D. 10, 4, 15 und Pomp. l. 22 ad Sab. 687 D. 12, 4, 15.

für die genannte Aktio proponierten Musters stützen konnte? Gewiß mit Recht nimmt Lenel[1]) für das Julianische Album eine Formel ad exhibendum an, die den dolosen Nichtbesitzer ausdrücklich dem Besitzer gleichstellt. Hätte schon Labeo den gleichen Text vor Augen gehabt, so wüßten wir auch zuverlässig, weshalb er gar keinen Zweifel an der Richtigkeit seiner Behauptung merken läßt.

Nach dem Vorbild der wiederhergestellten Aktio ad exhibendum und des im Wortlaut erhaltenen Interdiktes de tabulis exhibendis (D. 43, 5, 1 pr.) gestaltet Lenel[2]) die Haftungserfordernisse in der Person des Verklagten auch für das Interdiktum *quem fundum*. Ebenso würde er vermutlich, wenn er vor die Aufgabe gestellt wäre — ohne Anhalt in den Quellen — eine Formel des *quam hereditatem* zu entwerfen, die fragliche Dolusklausel auch in dieses letztere Interdikt einschalten. Von einem recht gesicherten Wissen kann freilich in allen diesen Dingen nicht wohl die Rede sein. Immerhin behaupten wir schwerlich etwas Unwahrscheinliches, wenn wir den unter den dritten Absatz der Aquiliana fallenden Rechtsmitteln — vielleicht allen — die ausdrückliche Erwähnung des fictus possessor zusprechen. Wie aber stimmt dazu der von Florentin überlieferte Text eben dieses dritten Absatzes?

Da darüber jede Nachricht aus der Zeit der Klassiker fehlt, dürfen nur Antworten verlangt werden, die bestenfalls möglich sind. Keine von ihnen will die allein richtige sein. Wie Labeos freie Auslegung zeigt, deren oben gedacht ist, wäre es nichts Unerhörtes gewesen, wenn die Juristen die Worte der Aquiliana: qui *habet tenet possidet* für fähig erklärt hätten, den fictus possessor mit einzuschließen. Auch ohne das — neuerdings angefochtene[3]) — Zeugnis Ulpians l. 71 ad ed. 1608 D. 50, 17, 157, 1 ist es

[1]) Edictum [2] 214f.; Sav.-Z. R. A. 37, 119. Gegenteiliger Ansicht sind G. Demelius, Exhibitionspflicht 36. 185ff.; Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 450f. Als für Lenel beweisend möchte ich besonders Ulp. l. 24 ad ed. 721 D. 10, 4, 9 pr. 2. 4 unterstreichen, wo das *d. m. f. q. m. p.* dreimal wiederkehrt.

[2]) Edictum [2] 458.

[3]) H. Siber, Rei vindicatio 17 streicht als kompilatorisch das Wort *semper*.

sehr glaublich, daß sich die von Labeo befürwortete Gleichstellung im Rechtsleben mehr und mehr befestigte. Statthaft also war es gewiß, im Weg der Auslegung zu helfen. Ob es wirklich geschah, das ist trotzdem zweifelhaft, weil es durchaus unnötig war, künstliche Mittel herbeizuziehen. Die deliktsartige Verpflichtung dessen, der schon aus irgendeinem Grunde obligiert, *d. m. fecit, q. m. possideret*, ist augenscheinlich durch den Text des zweiten Absatzes der Aquiliana völlig gedeckt; und gerade hier mußte sie von den Rechtsgelehrten um so eher eingeordnet werden, weil sämtliche Deliktsobligationen unter die Worte des zweiten Absatzes und nur unter diese fallen. Wenn ich nicht irre, hat die letztere Antwort doch etwas mehr Wahrscheinlichkeit für sich als die erste. Übrigens ist ein Nebeneinander der einen und der anderen sehr wohl denkbar, wenn jede ihren besonderen Vertreter hatte.

Nur éine Frage bleibt jetzt noch übrig. Wer hat die Worte: *dolove malo fecisti, quo minus possideas* (so!) in das Formular der Justinianischen Institutionen eingeschoben und um welches Zweckes willen ist es geschehen?

Wie es scheint, nimmt man meistens an, daß mit dieser Vervollständigung eine 'im Verlauf der klassischen Jurisprudenz vorgegangene Rechtsentwicklung' zum Abschluß gebracht sei.[1]) Indes ist diese Annahme mit der Überlieferung der Aquiliana bei Florentin nur schwer vereinbar. Auf den richtigen Weg sind wir, wie ich glaube, wieder durch Otto Lenel gewiesen. In seinem Edictum [2] S. 215 bemerkt er über unsere Dolusklausel: sie sei bei einer 'persönlichen Klage, die den Zweck verfolgt, dem Eigentümer die Vindikation zu ermöglichen, nur natürlich'; dagegen sei es etwas 'Künstliches, die dingliche Klage gegen einen Nichtbesitzer zuzulassen und sie so ihres eigentlichen Charakters zu entkleiden'.[2])

---

[1]) So Leist-Glück, Pand. Ser. d. B. 37. 38 I, 395. Ähnlich Ubbelohde bei Glück B. 43. 44 I, 336, 18 und Pernice, Labeo [2] II, 2, 68 ('vielleicht schon vor Justinian beigefügt').

[2]) Nicht einverstanden erklärt sich Lenels berufsmäßiger Kontradiktor: O. Karlowa, R. Rechtsgeschichte 2, 450f.

Nun ist bekanntermaßen in jüngster Zeit durch die vereinten Bemühungen einer größeren Zahl von Gelehrten[1]) überzeugend nachgewiesen, daß die gegen den dolosen Nichtbesitzer zugelassene *rei vindicatio* eine Neuerung von Justinians Kompilatoren ist. Auf dieselben Byzantiner fällt meines Erachtens der dringende Verdacht, den fictus possessor nur im Hinblick auf die neue Ordnung der dinglichen Klage ins Aquilische Formular eingeschaltet zu haben.

Die Klassiker, für die bloß Obligationen als novierbar in Betracht kamen, hatten aus den oben dargelegten Gründen keinen Anlaß, den altüberlieferten Text, etwa der Aktio ad exhibendum wegen, durch einen Zusatz zu erweitern. Sobald aber die Aktio *in rem* novationsfähig geworden war, lag es sehr nahe, beim dritten Aquilischen Absatz, der bloß die Haftung des wahren Besitzers erwähnt, auch die andere Reform des Vindikationsrechts: die neue Verpflichtung des dolosen Nichtbesitzers in Erinnerung zu bringen. Dabei könnte es allerdings zweifelhaft sein, ob die Byzantiner wie nebenbei den zweiten, so auch den dritten Absatz auf *actiones in rem* beziehen. Dieser Zweifel aber wird durch Theophilus 3, 29, 2 glatt beseitigt. Denn die Paraphrase erläutert gerade die in den dritten Absatz gestellten Worte: *ἢ δόλον ἐποίησας ὅπως μὴ νεμηθῇς*, durch das Beispiel eines dinglichen Erbschaftsprozesses und bejaht hier 'deine' (des Verklagten) Haftung wegen der Sachen, *ἐφ' οἷς κατὰ δόλον οὐκ ἐνεμήθης*, d. h. *dolo malo fecisti, quo minus possideres*.

---

[1]) Zu nennen sind zunächst Lenel, dann: Siber, Kübler, Partsch, Beseler, Gradenwitz. Zustimmend schon 1911 Girard, Manuel [6] 342. 1.

XVII.

Eine Wachstafel aus Ravenna aus dem zweiten Jahrhundert nach Chr.

Von

Herrn Professor Dr. **O. Eger**
in Gießen.

Die Zahl der uns bis jetzt bekannt gewordenen Wachstafeln, die uns die spezifisch römischen Formen der Beurkundung von Rechtsgeschäften zeigen, ist gegenüber der großen Fülle der Papyri noch eine recht bescheidene. Noch immer bilden die Siebenbürger und die pompejanischen Tafeln den Hauptbestand. Aber auch hier dürfen wir wohl im Laufe der Zeit auf eine Vervollständigung des Materials durch Funde im ägyptischen Boden hoffen. Dies beweisen einige, bereits veröffentlichte, dort gefundene Wachstafeln, zu denen nunmehr eine weitere tritt, welche durch das deutsche Papyruskartell im Jahre 1912 im Fayum erworben wurde und sich jetzt in der Universitätsbibliothek zu Gießen befindet. Diese Tafel ist in Ravenna beschrieben um die Mitte des zweiten Jahrhunderts nach Christo, so daß sie also etwa gleichaltrig ist mit den siebenbürger Urkunden; andererseits steht sie in wichtigen Punkten in engster Beziehung zu den Wachstafeln des L. Caecilius Jucundus.

I. Nach der Lesung von Herrn Professor Kalbfleisch lautet der Text der ravennatischen Tafel wie folgt[1]):

---

[1]) Da Herr Professor Kalbfleisch an der endgültigen Edition zur Zeit durch andere Arbeiten verhindert ist, hatte er die Freundlichkeit, mir seine Lesung nebst den noch nicht abgeschlossenen Notizen zu überlassen, um die Veröffentlichung an dieser Stelle zu ermöglichen. Ich gebe zunächst in diesem Abschnitt (I) auf Grund seines Materials die Transkription sowie die notwendigsten allgemeinen Erläuterungen, während ich im übrigen die weitere Behandlung in nichtjuristischer, namentlich in philologischer Beziehung Herrn Professor Kalbfleisch vorbehalte. In den folgenden Abschnitten (II—IV) füge ich einige ausschließlich

Γαιω Κουρτιω Ιουστω Πουπλιω Ιουλιω Ναυτωνε
κωνσουλιβους σεξστουμ νωνας οκτωβρης
Αισχινης Αισχινου Φλαουιανος Μιλησιος σκρι-
ψι μη ακκηπισσε α Τιτω Μεμμιω Μοντανω
5 *μιλιτε πεντηρω Αυγιστι δηναριους σεσκεν-*
τους βιγεντι κινκυε πρετιουμ πουελλαι Μαρ-
μαριαι βετρανε κοναμ ει δουπλα οπτιμις κον-
δικιωνιβους βενδιδιτ ετ τραδιδι εξ εντερρο-
γατιωνε φακτα ταβελλαρουν σιγναταρουμ
10 *ακτουμ καστρις κλασσης πραιτωριαι Ραβεν-*
νατους (S)
idem cosulubus aeadem diem Domitius The-
ophilus scrisi me in veditionem puellae Marma-
riae supra scriptae pro Aescine Aescine phi-
15 lium Flavianum secundum auctorem ex-
stitise (S)
acctum

Zur Lesung: Z. 1. *Ναυτωνε,* Lesung am Schlusse unsicher. Unter *τ* ein Strich, auch bei *ε* Striche.
Z. 5. *πεντηρω*: *τ* aus *ϑ* verbessert.
Z. 7. veteranae
Z. 8. *βενδιδιτ*: *β* aus *ου* verbessert, l. vendidi
Z. 9. *ταβελλαρουν* sic
Z. 10/1. für Ravennatis
Z. 12. isdem consulibus eadem die
Z. 13. scripsi me in venditione
Z. 14/5. Aeschine Aeschinis filio Flaviano
Z. 15 scheint secumdum dazustehen (E).

Die Tafel ist etwa $15\frac{1}{2} \times 12\frac{1}{2}$ cm groß, die Schriftfläche etwas über 12×9 cm. Nur eine Seite ist vertieft, mit Wachs überzogen und beschrieben, die andere leer. Wir haben offenbar die scriptura exterior auf der fünften Seite eines Triptychons vor uns. Der Rand hat oben ein Loch, unten drei Löcher. Von den Konsuln, nach denen datiert wird,

von mir stammende Ausführungen zur rechtlichen Würdigung des Stücks an, wobei ich aber betone, daß auch schon Herr Professor Kalbfleisch die Beziehungen zu den pompejanischen Tafeln, insbesondere hinsichtlich der interrogatio-Klausel erkannt hat.

ist der erste aus einer Mailänder Inschrift bekannt: CIL. V 2 5809 C. Curtio C. [f.] Pol(lia) Iusto cos. sodali Augustali leg(ato) pr(o) [pr(aetore)] imp(eratoris) Caes(aris) T. Aelii Antonini; also ein suffectus in unbekanntem Jahr unter Hadrian oder Antoninus Pius (Groag bei Pauly-Wissowa Nr. 18, PIR. Nr. 1321). Bei dem zweiten Konsulnamen hat die Lesung des Kognomens zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt. Ein Konsul P. Julius mit einem ähnlichen Kognomen ist nicht nachweisbar.

Jedenfalls ist die Urkunde unter Hadrian oder Antoninus Pius ausgestellt, und zwar im Flottenlager zu Ravenna. Allerdings hatten die Flottensoldaten auch in Rom ihre castra, die Ravennaten wahrscheinlich jenseits des Tiber, s. Fiebiger, De classium Italicarum historia et institutis (Leipz. Stud. XV) S. 341; aber wenn dies gemeint wäre, würde es doch wohl actum Romae in castris Ravennatium oder ähnlich heißen.

Der Käufer T. Memmius Montanus, der als Gemeiner bei der Flotte in Ravenna diente, hat die Urkunde später mit nach Ägypten genommen. Der Verkäufer Aeschines Flavianus aus Milet hat die Quittung zwar lateinisch ausgestellt, aber in griechischen Buchstaben, die ihm offenbar geläufiger waren. Ein gleicher Fall ist aus Pompeji bekannt (CIL. IV suppl. 1 Nr. XXXII, vgl. auch das Bruchstück CXXXVI).[1])

II. Von den auf der Gießener Tafel erscheinenden

---

[1]) Ich füge noch an, daß nach meiner Beobachtung sich in Z. 11 hinter *νατους* ein Siegel befunden hat, das abgesprungen ist. Es ist sicher dasjenige des Verkäufers Aeschines gewesen, von dessen Hand die Zeilen 1—11 stammen. In Z. 15 nach stitise, am Schluß der Erklärung des auctor secundus, erkannte ich noch größere Reste eines Siegels, welches augenscheinlich von Domitius Theophilus herrührt. Dies steht durchaus im Einklang mit den Ausführungen von Zangemeister über die Untersiegelung der Chirographa in den pompejanischen Urkunden (C.I.L. IV suppl. 1 S. 433; vgl. Erman, Z.Sav. XX S. 177ff.; ders. Arch. f. Papf. I 68ff.; Bruns-Lenel in Holtz. Enz. I ^{7} S. 369; Mitteis, R.Privatr. S. 302). — Mit den pompejanischen Stücken stimmt es auch überein, daß ich auf dem äußeren Rand der Gießener Tafel eine Aufschrift mit Tinte feststellte (vgl. CIL. IV suppl. 1 S. 434); dieselbe ist noch nicht sicher gelesen. (E.)

Personen besitzt sicher der Käufer T. Memmius Montanus (Z. 4) das römische Bürgerrecht. Das gleiche ist auch für den auctor secundus, Domitius Theophilus (Z. 12) aus seinem Namen zu schließen.[1] Dagegen kann man hinsichtlich des Verkäufers *Αἰσχίνης Αἰσχίνου Φλαουιανὸς Μιλήσιος* zweifeln, ob dieser ein civis Romanus ist.[2] Aeschines ist anscheinend ein Sklavenhändler aus Milet; er kann gar nicht mit lateinischen Buchstaben schreiben. Daß er den Namen Flavianus führt, ist wohl kein ganz sicheres Zeichen für sein römisches Bürgerrecht.[3] Für die bei der Behandlung der Urkunde in Frage kommenden Rechtssätze ist es aber auch nicht von entscheidender Bedeutung, ob Aeschines römischer Bürger oder Peregrine ist; denn diese können in beiden Fällen in gleicher Weise zur Anwendung gelangen.[4]

---

[1]) Über die Bildung von Personennamen nach Verbreitung des römischen Bürgerrechts unter den Griechen vgl. z. B. Schubart, Einf. in die Papyruskunde S. 328/9, 332f.

[2]) Vgl. auch den *Ἀρτεμίδωρος Καισίου Ἀλεξανδρεύς*, der in der Sklavenkaufurkunde BGU. 887 Z. 2 (Mitteis, Chrest. 272) als Käufer erscheint.

[3]) Vgl. Schubart a. a. O. S. 329 über Personen, die nicht cives Romani sind und doch lateinische Rufnamen führen, darunter z. B. ein *Κορνήλιος Πακύσιος* vom J. 200 p. Chr. — Die Beifügung des Vatersnamens im Genitiv (ohne filius) entspricht ja dem griechischen Brauch, findet sich aber auch bei römischen Bürgern (s. Schubart a. a. O. S. 328 unten, 332), überdies schreibt Dom. Theophilus in Z. 14: Aeschine Aeschinis filius.

[4]) Daß auch ein Peregrine als Partei bei der Beurkundung eines Geschäftes in Form der testatio (wie sie wohl in den beiden verlorenen Tafeln enthalten war) teilnehmen kann, zeigen schon die pompejanischen Tafeln (s. Erman, Z.Sav. XX S. 191); die emptio venditio gehört dem jus gentium an und ebenso die stipulatio (Mitteis, Röm. Privatr. S. 66; Weiß, Realenzykl. s. jus gentium); die Vorschriften des aedilizischen Edikts werden auch auf die Peregrinen angewandt (Weiß, Z.Sav. XXXVII 164f.). Von Manzipation ist wohl in den verlorenen Tafeln der Gießener Urkunde (im Gegensatz zu den Siebenbürger Sklavenkauf-Manzipationsurkunden) nicht die Rede gewesen. — In der Urkunde über Sklavenkauf ohne Manzipation BGU. 887 begegnet auch ein Peregrine, und zwar als Käufer (s. oben Anm. 2), während in dem gleichartigen P. Brit. Mus. 229 nur römische Bürger erscheinen; s. dazu unten S. 457 Anm. 1.

ist der erste aus einer Mailänder Inschrift bekannt: CIL. V 2 5809 C. Curtio C. [f.] Pol(lia) Iusto cos. sodali Augustali leg(ato) pr(o) [pr(aetore)] imp(eratoris) Caes(aris) T. Aelii Antonini; also ein suffectus in unbekanntem Jahr unter Hadrian oder Antoninus Pius (Groag bei Pauly-Wissowa Nr. 18, PIR. Nr. 1321). Bei dem zweiten Konsulnamen hat die Lesung des Kognomens zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt. Ein Konsul P. Julius mit einem ähnlichen Kognomen ist nicht nachweisbar.

Jedenfalls ist die Urkunde unter Hadrian oder Antoninus Pius ausgestellt, und zwar im Flottenlager zu Ravenna. Allerdings hatten die Flottensoldaten auch in Rom ihre castra, die Ravennaten wahrscheinlich jenseits des Tiber, s. Fiebiger, De classium Italicarum historia et institutis (Leipz. Stud. XV) S. 341; aber wenn dies gemeint wäre, würde es doch wohl actum Romae in castris Ravennatium oder ähnlich heißen.

Der Käufer T. Memmius Montanus, der als Gemeiner bei der Flotte in Ravenna diente, hat die Urkunde später mit nach Ägypten genommen. Der Verkäufer Aeschines Flavianus aus Milet hat die Quittung zwar lateinisch ausgestellt, aber in griechischen Buchstaben, die ihm offenbar geläufiger waren. Ein gleicher Fall ist aus Pompeji bekannt (CIL. IV suppl. 1 Nr. XXXII, vgl. auch das Bruchstück CXXXVI).[1]

II. Von den auf der Gießener Tafel erscheinenden

---

[1]) Ich füge noch an, daß nach meiner Beobachtung sich in Z. 11 hinter *νατους* ein Siegel befunden hat, das abgesprungen ist. Es ist sicher dasjenige des Verkäufers Aeschines gewesen, von dessen Hand die Zeilen 1—11 stammen. In Z. 15 nach stitise, am Schluß der Erklärung des auctor secundus, erkannte ich noch größere Reste eines Siegels, welches augenscheinlich von Domitius Theophilus herrührt. Dies steht durchaus im Einklang mit den Ausführungen von Zangemeister über die Untersiegelung der Chirographa in den pompejanischen Urkunden (C.I.L. IV suppl. 1 S. 433; vgl. Erman, Z.Sav. XX S. 177ff.; ders. Arch. f. Papf. I 68ff.; Bruns-Lenel in Holtz. Enz. I [7] S. 369; Mitteis, R.Privatr. S. 302). — Mit den pompejanischen Stücken stimmt es auch überein, daß ich auf dem äußeren Rand der Gießener Tafel eine Aufschrift mit Tinte feststellte (vgl. CIL. IV suppl. 1 S. 434); dieselbe ist noch nicht sicher gelesen. (E.)

Personen besitzt sicher der Käufer T. Memmius Montanus (Z. 4) das römische Bürgerrecht. Das gleiche ist auch für den auctor secundus, Domitius Theophilus (Z. 12) aus seinem Namen zu schließen.[1]) Dagegen kann man hinsichtlich des Verkäufers *Αἰσχίνης Αἰσχίνου Φλαουιανὸς Μιλήσιος* zweifeln, ob dieser ein civis Romanus ist.[2]) Aeschines ist anscheinend ein Sklavenhändler aus Milet; er kann gar nicht mit lateinischen Buchstaben schreiben. Daß er den Namen Flavianus führt, ist wohl kein ganz sicheres Zeichen für sein römisches Bürgerrecht.[3]) Für die bei der Behandlung der Urkunde in Frage kommenden Rechtssätze ist es aber auch nicht von entscheidender Bedeutung, ob Aeschines römischer Bürger oder Peregrine ist; denn diese können in beiden Fällen in gleicher Weise zur Anwendung gelangen.[4])

---

[1]) Über die Bildung von Personennamen nach Verbreitung des römischen Bürgerrechts unter den Griechen vgl. z. B. Schubart, Einf. in die Papyruskunde S. 328/9, 332f.

[2]) Vgl. auch den *Ἀρτεμίδωρος Καισίου Ἀλεξανδρεύς*, der in der Sklavenkaufurkunde BGU. 887 Z. 2 (Mitteis, Chrest. 272) als Käufer erscheint.

[3]) Vgl. Schubart a. a. O. S. 329 über Personen, die nicht cives Romani sind und doch lateinische Rufnamen führen, darunter z. B. ein *Κορνήλιος Παχύσιος* vom J. 200 p. Chr. — Die Beifügung des Vatersnamens im Genitiv (ohne filius) entspricht ja dem griechischen Brauch, findet sich aber auch bei römischen Bürgern (s. Schubart a. a. O. S. 328 unten, 332), überdies schreibt Dom. Theophilus in Z. 14: Aeschine Aeschinis filius.

[4]) Daß auch ein Peregrine als Partei bei der Beurkundung eines Geschäftes in Form der testatio (wie sie wohl in den beiden verlorenen Tafeln enthalten war) teilnehmen kann, zeigen schon die pompejanischen Tafeln (s. Erman, Z.Sav. XX S. 191); die emptio venditio gehört dem jus gentium an und ebenso die stipulatio (Mitteis, Röm. Privatr. S. 66; Weiß, Realenzykl. s. jus gentium); die Vorschriften des aedilizischen Edikts werden auch auf die Peregrinen angewandt (Weiß, Z.Sav. XXXVII 164f.). Von Manzipation ist wohl in den verlorenen Tafeln der Gießener Urkunde (im Gegensatz zu den Siebenbürger Sklavenkauf-Manzipationsurkunden) nicht die Rede gewesen. — In der Urkunde über Sklavenkauf ohne Manzipation BGU. 887 begegnet auch ein Peregrine, und zwar als Käufer (s. oben Anm. 2), während in dem gleichartigen P. Brit. Mus. 229 nur römische Bürger erscheinen; s. dazu unten S. 457 Anm. 1.

Gegenstand der Beurkundung ist der Kauf einer Sklavin. In dem die scriptura exterior bildenden, uns allein erhaltenen Chirographum werden die wesentlichen Punkte des Geschäfts wiederholt, und zwar werden neben der Bestätigung des Empfangs des Kaufpreises in engstem Zusammenhang mit den Bestimmungen des aedilizischen Edikts folgende Angaben gemacht:

1. Die puella wird bezeichnet als Marmaria.[1]) Hierin dürfte nicht ein (sonst wohl nicht belegter) Personenname zu erblicken sein, wobei man ja auch noch einen Zusatz: sive ea quo alio nomine est, vermissen würde. Vielmehr wird Marmaria für Marmarida oder -ca stehen und die Herkunft der Sklavin angeben. Sie stammt aus der afrikanischen Landschaft Marmarica.[2]) Die Angabe der Nationalität des Sklaven ist ja dem Verkäufer durch das aedilizische Edikt vorgeschrieben, D. 21, 1, 31, 21 (Ulp.) qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronuntiare debent.[3])
2. Die Sklavin wird charakterisiert als veterana, was ebenfalls auf eine Bestimmung des aedilizischen Edikts zurückführt; D. 21, 1, 37 Praecipiunt aediles, ne veterator pro novicio veneat.[4])
3. Der Verkäufer erklärt, die Sklavin dem Käufer

---

[1]) Prof. Kalbfleisch verweist dazu auf Sokrates I (1913) S. 717, wo augenscheinlich bereits über die nunmehr in Gießen befindliche Holztafel Mitteilung gemacht wird. Man hatte damals aber wohl statt marmariae gelesen: marmoreae und deshalb geglaubt, daß es sich um den Verkauf einer antiken Statue handle.

[2]) Dem östlichsten Teil der Nordküste Afrikas neben Ägypten.

[3]) Vgl. auch Bruns, fontes I [7] Nr. 130 natione Graecum, Nr. 132 natione Creticam, P. Brit. Mus. 229 natione Transfluminianum, BGU. 887 Z. 4 *γένει Φρυγίαν*, 913 Z. 8 *γένει Λύκιον*, 319 Z. 13 *γένει Γάλλον*; s. dazu Lenel, EP. [2] 528, 537; Karlowa, R. Rgesch. II 1294; Haymann, Haftung des Verk. I 28; Weiß, Z.Sav. XXVII S. 158ff.; Partsch, Sitz.-Ber. Heid. Ak., phil.-hist. VII (06) Abh. 10 S. 28.

[4]) Vgl. Lenel, E.P. [2] 528, 538; Karlowa, R. Rgesch. II 1294; Haymann a. a. O. 28, 31; Weiß, Z.Sav. XXVII 164 [1], 169 [1]. — Auch in der pompejanischen Quittung CIL. IV Nr. XLIX (Bruns, font. I [7] S. 356) werden als Gegenstand der Versteigerung mancipia veterana angegeben. Zu veterana s. auch D. 21, 1, 37; 39, 4, 16, 3.

verkauft und übergeben zu haben (Z. 4/5 quam ei — vendidi et tradidi). Auch in der Sklavenkaufurkunde P. Brit. Mus. 229[1]) aus Seleukeia in Syrien vom Jahre 160 p. C., also etwa gleichaltrig mit unserem Stück, schreibt der Verkäufer in der subscriptio Z. 20ff.: vendedi [2]) C. Fab. Macro puerum — et recepi pretium —. Die Tradition wird hier nicht in der subscriptio erwähnt, wohl aber erscheint sie in dem objektiv stilisierten Körper (σῶμα) der Urkunde Z. 13ff.: eosque denarios accepisse et habere [se] dixit venditor a — emptore et tradedisse ei mancipium bonis condicionibus.[3])

Wie in P. Brit. Mus. 229, wo es in Z. 2 nur heißt: emit puerum, so ist wohl auch in der verlorenen scriptura interior der Gießener Tafel nicht von Manzipation die Rede gewesen[4]), und man wird überhaupt annehmen dürfen, daß die verlorene testatio des ravennatischen Stücks inhaltlich mit dem Vertragskörper des Sklavenkaufs aus Seleukeia in Syrien im wesentlichen übereinstimmt.[5])

---

[1]) S. Schulten, Hermes XXXII S. 273ff.; Gradenwitz, Einf. S. 65; Girard, textes [4] S. 847ff.; P. M. Meyer, Jurist. Pap. Nr. 37. — An dem Akt sind nur römische Bürger beteiligt.

[2]) Der Schreibgehilfe des Kaufbürgen schreibt Z. 23: scripsi rogatu usw.

[3]) Vgl. auch PSI. VI. 729 (77 n. Chr., lateinischer Pferdekauf) Z. 5; dazu Meyer, Z. f. vgl. Rwiss. XXXIX (1921) S. 255ff. — In den Siebenbürger Sklavenkauf-Manzipationsurkunden wird die Tradition nur in der Mängelgarantiestipulation erwähnt: eum puerum sanum traditum esse (Bruns, font. I [7] Nr. 130, 132); vgl. dazu Lenel, EP. [2] 541 [12], D. 21, 1, 44, 2. — In Bruns, font. I [7] Nr. 131 fehlt das traditum.

[4]) Es sind weiter damit zusammenzustellen folgende in griechischer Sprache abgefaßten Urkunden über Sklavenkäufe (vgl. Meyer, Ztschr. f. vgl. Rwiss. XXXV S. 99): P. Hamb. Jnv. 300 (125/6 n. Chr., vgl. Meyer a. a. O. S. 97ff.; soweit erkennbar lauter römische Bürger); BGU. 887 (151 n. Chr., Mitteis, Chrest. 272: ἐπρίατο — von Tradition ist nichts erhalten; Käufer: Ἀρτεμίδωρος Καισίου Ἀλεξανδρεύς; Kaufbürge: Ἑρμείας Ἡφαιστᾶ); BGU. 913 (206 n. Chr.), BGU. 316 (359 n. Chr.; Bruns, font. I [7] Nr. 162; Mitteis, Chrest. 271; Z. 5 ἐπρίατο, Z. 19 παρέδωκεν; Parteien römische Bürger); P. Cairo byz. I 67 120 R.

[5]) Abgesehen natürlich vor allem davon, daß im P. Brit. Mus. 229 nur eine stipulatio simplae erscheint.

4. Der Verkäufer gibt an, daß er dupla[1]) verkauft habe, d. h. unter Abschluß der stipulatio duplae für den Fall der Eviktion.[2])
5. Die weitere Angabe, daß Verkauf und Tradition stattgefunden hätten „optimis condicionibus“, findet ihre Erklärung durch die in P. Brit. Mus. 229 Z. 15/6 erscheinende Wendung: tradedisse ei mancipium bonis condicionibus[3]) in Verbindung mit Papinian D. 21, 1, 54: actioni redhibitoriae non est locus, si mancipium bonis condicionibus emptum fugerit, quod ante non fugerat. Es handelt sich also hier um die Mängelgarantie, welche der Verkäufer übernommen hat.[4]) Dabei bleibt es ungewiß, ob in unserem Fall bei den optimae condiciones wirklich eine Steigerung gegenüber den bonae c. vorlag, oder ob auch hier nur die von dem aedilizischen Edikt geforderte Garantiestipulation abgeschlossen worden ist. Die Mängelgarantie wird hier neben der stipulatio duplae, die also in diesem Fall in dem engeren Sinne der Eviktionsstipulation erscheint, besonders erwähnt.[5])

An die Erklärung des Verkäufers schließt sich die des auctor secundus an, des bekannten Kaufbürgen.[6])

---

[1]) D. 21, 1, 58, 2 (Paulus) servum dupla emi; 19, 1, 11, 15 (Ulp.) deficiente dupla.

[2]) Die stipulatio duplae begegnet in der Siebenbürger Urkunde Bruns, font. I [7] Nr. 130 Z. 12 tantam pecuniam duplam; auch BGU. 887 Z. 17 *διπλῆν τὴν τιμήν*; dagegen bieten Bruns, font. I [7] Nr. 132, 133 Beispiele für stipulationes simplae, ebenso wie P. Brit. Mus. 229 (s. oben S. 457 Anm. 5). — Vgl. Lenel, EP. [2] 541, auch darüber, daß die Manzipation im aedilizischen Edikt nicht erwähnt war, daß vielmehr die aedilizische Eviktionsstipulation zunächst für die manzipationslosen Käufe geschaffen wurde.

[3]) Vgl. auch BGU. 316 (Mitteis, Chrest. 271) Z. 5 *ἐπρίατο καλῇ αἱρέσει*; P. Cairo byz. I 67120 R. Z. 5 *πέπρακα καλῇ καὶ πιστῇ αἱρέσει.*

[4]) S. Mitteis, Grundz. 194, auch Gradenwitz, Einführ. 68f.

[5]) Vgl. Lenel, EP. [2] 536 unter 5.

[6]) Mitteis, Reichsr. u. Volksr. S. 503; s. D. 21, 2, 4 (Ulp.), auch eod. 56 pr. (Paulus). — Vgl. auch auf der Siebenbürger Tafel CIL. III 959 (Bruns, font. I [7] Nr. 132) a. E. *σεκοδο αυκτωρ.* In P. Brit. Mus. 229 läßt der Kaufbürge für sich schreiben: eum spondere et fide suam et auctoritate esse; dazu BGU. 887 (Mitteis, Chrest. 272) Z. 4/5: *βεβαιοῦν-*

III. Wie früher schon erwähnt, ist das Gießener Brettchen zweifellos die dritte Tafel eines Triptychons. Die beiden verlorenen Tafeln enthielten die scriptura interior und waren durch die versiegelte Schnur verschlossen (tabellae signatae), während die erhaltene Tafel die vollständige scriptura exterior aufweist. Die Anordnung der Schrift entspricht also den pompejanischen Tafeln, bei welchen auch die ganze scriptura exterior bei den Triptychen auf der dritten Tafel steht, während auf der nicht bewachsten Rückseite der zweiten Tafel sich nur die Verschlußsiegel mit Beischriften befinden — im Gegensatz zu den siebenbürger Tafeln, bei welchen die Außenschrift auch schon die Hälfte der vierten Seite einnimmt.[1])

Wichtiger aber als die Übereinstimmung der ravennatischen mit den pompejanischen Tafeln in dieser Äußerlichkeit ist, daß wir auch in den pompejanischen Urkunden subjektiv stilisierte Außenschriften finden, welche durchaus unserer scriptura exterior gleichen[2]) und als Chirographa bezeichnet werden.[3]) Diese begegnen hier auch in solchen Fällen als Außenschriften, in welchen die versiegelte scriptura interior eine objektiv stilisierte Zeugnisurkunde (testatio) darstellt.[4]) Da nun ferner nur bei einer solchen Kombination von objektiv stilisierter scriptura interior und chirographarischer scriptura exterior in der letzteren die Klausel ex interrogatione facta tabellarum signatarum[5])

τος καὶ τῇ ἰδίᾳ πίστει κελεύοντος, P. Hamb. Inv. Nr. 300 (Meyer, Ztschr. f. vgl. Rwiss. XXXV S. 103) Z. 6 und 16.

[1]) Vgl. Mitteis, Röm. Privatr. 299 [29].

[2]) So lautet z. B. die scriptura exterior bei CIL. IV suppl. 1 Nr. XXVIII (vom Jahre 57; Bruns, font. I [7] S. 359): Datierung. M. Fabius Secundus scripsi me accepisse ab L. Caec. Juc. sest. decem milia — nummos ob auctione mea ex interrogatione facta tabellarum signatarum. Auf zwei pompejanischen Tafeln ist die Außenschrift zwar in lateinischer Sprache, aber ebenso wie in dem ravennatischen Stück mit griechischen Buchstaben geschrieben: CIL. IV suppl. 1 Nr. XXXII, CXXXVI.

[3]) CIL. IV 1 Nr. XX, LVII. — Über das Chirographum auf römischen Urkunden vgl. Mitteis, Röm. Privatr. S. 296.

[4]) Beispiele bei Bruns, font. I [7] S. 358/9, s. Mitteis, Röm. Privatr. S. 297.

[5]) Über diese Klausel ist alsbald näher zu handeln, s. unten S. 463 f.

sich findet, so muß auch für die ravennatische Tafel angenommen werden, daß hier die scriptura interior objektiv stilisiert war.

Die Innenschrift auf den beiden verlorenen Tafeln hat also etwa gelautet[1, 2]):

T. Memmius Montanus emit puellam natione Marmaricam nomine — veteranam — de Aeschine.

Eam puellam sanam esse ex edicto[3]) et si quis eam puellam partemve quam eius evicerit, duplam pecuniam — dari fide rogavit T. Mem. Mont. fide promisit Aeschines — id fide sua et auctoritate esse jussit Domitius Theophilus.

Eosque denarios — numeratos accepisse et habere se dixit Aesch. a T. Mem. Mont. emptore et tradidisse ei puellam optimis condicionibus. Datierung.

Wie viele Zeugen bei der testatio mitgewirkt und die tabellae versiegelt haben, bleibt ungewiß.[4])

Daß eine solche Verbindung von testatio und chirographum als Innen- und Außenschrift bereits zu der Zeit, da sie in den pompejanischen Wachstafeln Anwendung fand, allgemein im römischen Rechtsleben im Gebrauch war, kann man wohl aus Senecas, des Zeitgenossen von Caecilius Jucundus, Schrift de ben. 3, 15 schließen.[5])

---

1) Vgl. P. Brit. Mus. 229 und die Siebenbürger Sklavenkäufe.

2) Zu erwägen wäre, ob sich auf der einen Außenseite der beiden verlorenen Tafeln bereits eine objektiv stilisierte Außenschrift befunden hat, wie auch bei einigen wenigen pompejanischen Triptychen neben einer objektiv stilisierten Innenschrift außen zunächst eine objektiv stilisierte Außenschrift und (auf der fünften Seite) ein Chirographum angetroffen wird; vgl. Zangemeister, CIL. IV suppl. 1 S. 418; Erman, Z.Sav. XX S. 176. (Zu beachten wäre in diesem Zusammenhang, daß auch P. Brit. Mus. 229 [aber auf Papyrus] als Außenschrift ein objektiv stilisiertes Exemplar mit subscriptio zeigt; das noch nicht geöffnete Innenexemplar dürfte objektiv stilisiert sein, vielleicht handelt es sich aber auch nur um einen Auszug.) — Aber die Klausel ex interrogatione usw. spricht gegen eine solche doppelte Außenschrift im Gießener Stück.

3) Oder ähnlich s. oben S. 458.

4) Über die wechselnde Zahl der Zeugen vgl. Bruns-Lenel, Holtz. Enz. I 7 S. 369; Mitteis, Röm. Privatr. S. 295.

5) Hierauf hat bereits Erman, Z.Sav. XX S. 199 hingewiesen. Vgl. auch Mitteis, Z.Sav. XIX S. 232ff.; Bruns, Kl. Schriften II 134/5.

Seneca schildert hier, welche Maßnahmen zu seiner Zeit getroffen werden, um zu verhindern, daß ein Darlehensschuldner den Empfang des Geldes ableugnet.[1])

> Adhibentur ab utraque parte testes: ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit, ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit.[2])

Mit hoher Wahrscheinlichkeit ist anzunehmen, daß Seneca hier gerade den Fall im Auge hat, daß zur größten Sicherheit des Gläubigers eine Doppelurkunde mit testatio und chirographum aufgenommen wird. Es werden zunächst von beiden Seiten Zeugen zugezogen[3]); dann erfolgt die Anfertigung der tabulae (signatae), in welchen das mündliche Empfangsbekenntnis des Schuldners und die mündlich vollzogene Stipulation hinsichtlich der Rückzahlung (wohl unter Verbürgung) beurkundet werden.[4]) Der Gläubiger ist aber mit dem in den tabulae signatae beurkundeten Vorgang (= interrogatio)[5]) noch nicht zufrieden; er ver-

---

[1]) Vgl. auch bei Seneca im folgenden: in quid imprimunt signa? nempe ne ille neget accepisse se quod accepit.

[2]) S. auch de ben. 2, 23: Quidam nolunt nomina secum fieri nec interponi pararios nec signatores advocari nec chirographum dare.

[3]) Vgl. Bruns, Kl. Schriften II 134/5; Erman, Z.Sav. XX S. 190.

[4]) Als Beispiel kann Bruns, font. I [7] Nr. 153 (CIL. III 934) dienen. — In welcher Weise dabei die pararii mitwirken, bleibt allerdings ungewiß, was damit zusammenhängt, daß die genaue Bedeutung dieses Worts nicht feststeht, vgl. Mitteis, Z. Sav. XIX S. 223. Keinesfalls scheint aber durch ihre Erwähnung die im Text vertretene Deutung der Stelle ausgeschlossen zu werden. Diese wird m. E. durch den ganzen Zusammenhang gefordert. Man gewinnt durchaus den Eindruck, daß an einen einheitlichen Beurkundungsakt gedacht ist, an welchem die Häufung der Kautelen, welche dabei zur Anwendung kommen, gezeigt werden soll. Dafür spricht u. a. auch, daß bereits zu Beginn die Zuziehung der testes erwähnt wird, welche bei der darauf erfolgenden Anfertigung der tabulae als mitwirkend zu denken sind, und von welchen dann später im Text wieder gesagt wird: in quid isti viri ornati adhibiti sunt? in quid imprimunt signa? — Daß es sich in 2, 23 (s. oben Anm. 2) nicht etwa um Aufzählung verschiedener Beurkundungsformen handelt, von denen jede einzelne für sich allein zur Anwendung käme, ergibt schon die Vergleichung mit 3, 15; s. auch Mitteis, Z. Sav. XIX S. 235. Dies dürfte auch für die Lesung von 2, 23 von Bedeutung sein.

[5]) S. Weiteres unten S. 463 ff.

langt überdies als scriptura exterior das chirographum des Schuldners.[1])

Aus der ravennatischen Wachstafel sehen wir, daß dieser zur Zeit Senecas schon verbreitete Gebrauch (testatio als Innenschrift und chirographum als Außenschrift) auch noch in der Mitte des zweiten Jahrhunderts geübt wird.[2]) Es erscheint ja auch diese Art der Beurkundung infolge der durch sie ermöglichten Verbindung von Zeugenbeweis mit der Handschriften- und Siegelvergleichung (bei der Untersiegelung des Chirographums durch den Aussteller)[3]) als die am meisten Kautelen bietende. Gleichwohl beweisen aber die Siebenbürger Tafeln aus dem zweiten Jahrhundert, daß gleichzeitig mit dieser auch noch die ursprüngliche[4]) Form der römischen Doppelurkunde mit objektiv stilisierter Innen- und Außenschrift in Anwendung war.

Bei der Verbindung der objektiv stilisierten Innenschrift mit dem Chirographum als Außenschrift hat das letztere durchaus den Charakter einer subscriptio, einer Unterschrift im Sinne einer subjektiv stilisierten, von dem durch die Urkunde Belasteten entweder selbst oder durch einen Gehilfen geschriebenen Erklärung, wodurch der Betreffende sich zu dem Inhalt der testatio bekennt.[5]) Dies tritt ganz deutlich zutage in dem ravennatischen Stück, wo — wie oben dargelegt wurde — die wesentlichen Punkte des Geschäfts in dem Chirographum wiederholt werden.[6])

---

[1]) Vgl. dazu Salmasius, de usuris S. 135; Mitteis, Z.Sav. XIX S. 233; Erman, Z.Sav. XX S. 198.

[2]) Vgl. auch das Diptychon aus Hermupolis vom J. 211, welches die Beurkundung einer manumissio inter amicos enthält, mit lateinischer objektiv stilisierter scriptura interior und griechischer subjektiv stilisierter scriptura exterior, Mitteis, Chrest. 362; Bruns, font. I [7] Nr. 164; Girard, textes [4] S. 849.

[3]) S. Mitteis, Röm. Privatr. S. 297, 303.

[4]) Mitteis a. a. O. S. 295ff.

[5]) Mitteis a. a. O. S. 297, 305 [59].

[6]) Vgl. auch das Diptychon aus Hermupolis oben Anm. 2; ferner P. Brit. Mus. 229, oben S. 457; auch BGU. 887 (Mitteis, Chrest. 272) Z. 9 und 21ff.: *Π. πέπρακα τὸ κοράσιον δηναρίων — καὶ τὴν τιμὴν κεκόμισμαι ὡς προγέγραπται*; P. Hamb. Jnv. Nr. 300 Z. 8 (Meyer, Ztschr. f. vgl. Rwiss. XXXV S. 103).

Es trifft aber auch zu für die pompejanischen Quittungen, wenn auch hier die chirographarische scriptura ext. fast denselben Umfang hat wie die objektiv stilisierte scriptura interior.[1])

Man kann diese Art von Chirographa, welche sich an eine testatio anschließen, als unselbständige bezeichnen[2]), — im Gegensatz zu denjenigen Fällen, in welchen durch subjektiv stilisierte Urkunden allein die Beurkundung eines Geschäfts erfolgt. Schon die pompejanischen Urkunden bieten bekanntlich zahlreiche Beispiele für Fälle[3]) letzterer Art und im dritten Jahrhundert ist ja die Verwendung selbständiger subjektiv stilisierter Urkunden (Chirographa, einschließlich Epistulae)[4]) sehr häufig, wobei jetzt meist die Stipulationsklausel in das Chirographum aufgenommen ist.[5])

IV. Die Klausel ex interrogatione facta tabellarum signatarum in Z. 9/10 der ravennatischen Tafel ist bekannt aus einigen pompejanischen Stücken. Sie begegnet dort stets in Fällen, in welchen die scriptura int. objektiv stilisiert, die scriptura ext. als Chirographum abgefaßt ist, und steht am Schluß des letzteren.[6]) Ihre Auslegung hat viele

---

[1]) S. Mitteis a. a. O. S. 305 [59]. — Es fehlt in den Chirographa der jeweils in der Innenschrift enthaltene erläuternde Zusatz: quae pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi venit, vgl. Bruns, font. I [7] S. 358/9; s. dazu unten S. 465 Anm. 3.

[2]) Daß in den Urkunden selbst die subscriptio öfter eine besondere Bezeichnung trägt (Mitteis, Röm. Privatr. S. 305), steht dem nicht entgegen.

[3]) Vgl. Bruns, font. I [7] S. 356ff. — Unter den Siebenbürger Tafeln zeigen diejenigen über Dienstmiete das scripsi rogatu, Bruns, font. I [7] Nr. 165. Bei dem Siebenbürger Fragment in griechischer Sprache (Bruns, font. I [7] Nr. 154) ist es ungewiß, wie die scriptura int. auf den verlorenen Tafeln I und II ausgesehen hat; nicht ausgeschlossen wäre es, daß hier eine testatio in lateinischer Sprache vorlag und dieser ein Chirographum in griechischer Sprache beigefügt war (vgl. das Diptychon aus Hermupolis oben S. 462 Anm. 2). Vgl. auch Bruns, font. I [7] Nr. 160 vom J. 211: Kaufpreisquittung.

[4]) Mitteis, Röm. Privatr. S. 293 [8].

[5]) Mitteis, Reichsr. S. 493; Rabel, Grundz. S. 463; s. z. B. D. 12, 1, 40; 22, 1, 42, 1; 45, 1, 126, 2; 46, 3, 89 pr.

[6]) Vgl. CIL. IV suppl. 1 Nr. XVII, XXV—XXVIII, XXXII, XXXV, XXXVIII, XL, s. Erman, Z.Sav. XX S. 199, auch oben S. 459 bei Anm. 5.

langt überdies als scriptura exterior das chirographum des Schuldners.[1])

Aus der ravennatischen Wachstafel sehen wir, daß dieser zur Zeit Senecas schon verbreitete Gebrauch (testatio als Innenschrift und chirographum als Außenschrift) auch noch in der Mitte des zweiten Jahrhunderts geübt wird.[2]) Es erscheint ja auch diese Art der Beurkundung infolge der durch sie ermöglichten Verbindung von Zeugenbeweis mit der Handschriften- und Siegelvergleichung (bei der Untersiegelung des Chirographums durch den Aussteller)[3]) als die am meisten Kautelen bietende. Gleichwohl beweisen aber die Siebenbürger Tafeln aus dem zweiten Jahrhundert, daß gleichzeitig mit dieser auch noch die ursprüngliche[4]) Form der römischen Doppelurkunde mit objektiv stilisierter Innen- und Außenschrift in Anwendung war.

Bei der Verbindung der objektiv stilisierten Innenschrift mit dem Chirographum als Außenschrift hat das letztere durchaus den Charakter einer subscriptio, einer Unterschrift im Sinne einer subjektiv stilisierten, von dem durch die Urkunde Belasteten entweder selbst oder durch einen Gehilfen geschriebenen Erklärung, wodurch der Betreffende sich zu dem Inhalt der testatio bekennt.[5]) Dies tritt ganz deutlich zutage in dem ravennatischen Stück, wo — wie oben dargelegt wurde — die wesentlichen Punkte des Geschäfts in dem Chirographum wiederholt werden.[6])

---

[1]) Vgl. dazu Salmasius, de usuris S. 135; Mitteis, Z.Sav. XIX S. 233; Erman, Z.Sav. XX S. 198.

[2]) Vgl. auch das Diptychon aus Hermupolis vom J. 211, welches die Beurkundung einer manumissio inter amicos enthält, mit lateinischer objektiv stilisierter scriptura interior und griechischer subjektiv stilisierter scriptura exterior, Mitteis, Chrest. 362; Bruns, font. I [7] Nr. 164; Girard, textes [4] S. 849.

[3]) S. Mitteis, Röm. Privatr. S. 297, 303.

[4]) Mitteis a. a. O. S. 295ff.

[5]) Mitteis a. a. O. S. 297, 305 [59].

[6]) Vgl. auch das Diptychon aus Hermupolis oben Anm. 2; ferner P. Brit. Mus. 229, oben S. 457; auch BGU. 887 (Mitteïs, Chrest. 272) Z. 9 und 21ff.: *Π. πέπρακα τὸ κοράσιον δηναρίων — καὶ τὴν τιμὴν κεκόμισμαι ὡς προγέγραπται*; P. Hamb. Jnv. Nr. 300 Z. 8 (Meyer, Ztschr. f. vgl. Rwiss. XXXV S. 103).

Es trifft aber auch zu für die pompejanischen Quittungen, wenn auch hier die chirographarische scriptura ext. fast denselben Umfang hat wie die objektiv stilisierte scriptura interior.[1])

Man kann diese Art von Chirographa, welche sich an eine testatio anschließen, als unselbständige bezeichnen[2]), — im Gegensatz zu denjenigen Fällen, in welchen durch subjektiv stilisierte Urkunden allein die Beurkundung eines Geschäfts erfolgt. Schon die pompejanischen Urkunden bieten bekanntlich zahlreiche Beispiele für Fälle[3]) letzterer Art und im dritten Jahrhundert ist ja die Verwendung selbständiger subjektiv stilisierter Urkunden (Chirographa, einschließlich Epistulae)[4]) sehr häufig, wobei jetzt meist die Stipulationsklausel in das Chirographum aufgenommen ist.[5])

IV. Die Klausel ex interrogatione facta tabellarum signatarum in Z. 9/10 der ravennatischen Tafel ist bekannt aus einigen pompejanischen Stücken. Sie begegnet dort stets in Fällen, in welchen die scriptura int. objektiv stilisiert, die scriptura ext. als Chirographum abgefaßt ist, und steht am Schluß des letzteren.[6]) Ihre Auslegung hat viele

---

[1]) S. Mitteis a. a. O. S. 305 [59]. — Es fehlt in den Chirographa der jeweils in der Innenschrift enthaltene erläuternde Zusatz: quae pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi venit, vgl. Bruns, font. I [7] S. 358/9; s. dazu unten S. 465 Anm. 3.

[2]) Daß in den Urkunden selbst die subscriptio öfter eine besondere Bezeichnung trägt (Mitteis, Röm. Privatr. S. 305), steht dem nicht entgegen.

[3]) Vgl. Bruns, font. I [7] S. 356ff. — Unter den Siebenbürger Tafeln zeigen diejenigen über Dienstmiete das scripsi rogatu, Bruns, font. I [7] Nr. 165. Bei dem Siebenbürger Fragment in griechischer Sprache (Bruns, font. I [7] Nr. 154) ist es ungewiß, wie die scriptura int. auf den verlorenen Tafeln I und II ausgesehen hat; nicht ausgeschlossen wäre es, daß hier eine testatio in lateinischer Sprache vorlag und dieser ein Chirographum in griechischer Sprache beigefügt war (vgl. das Diptychon aus Hermupolis oben S. 462 Anm. 2). Vgl. auch Bruns, font. I [7] Nr. 160 vom J. 211: Kaufpreisquittung.

[4]) Mitteis, Röm. Privatr. S. 293 [8].

[5]) Mitteis, Reichsr. S. 493; Rabel, Grundz. S. 463; s. z. B. D. 12, 1, 40; 22, 1, 42, 1; 45, 1, 126, 2; 46, 3, 89 pr.

[6]) Vgl. CIL. IV suppl. 1 Nr. XVII, XXV—XXVIII, XXXII, XXXV, XXXVIII, XL, s. Erman, Z.Sav. XX S. 199, auch oben S. 459 bei Anm. 5.

Schwierigkeiten bereitet, so daß sie noch vor kurzem als „dunkel“ bezeichnet worden ist.[1])

Auch die neue Tafel bringt für sich allein kein volles Licht. Sie trägt aber doch zur Klärung vor allem insofern bei, als sie hinsichtlich der Frage der zeitlichen und sachlichen Verwendung der Klausel neue Aufschlüsse gibt. Einmal beweist sie, daß es sich hier um eine ständige Klausel handelt, von der wir jetzt sehen, daß sie mindestens hundert Jahre (wahrscheinlich aber viel länger) im Gebrauch gewesen ist; zum anderen ist die Urkunde eine willkommene Vermehrung des Materials in der Richtung, daß wir jetzt die gleiche Klausel in der scriptura ext. einer Kaufurkunde vor uns sehen.

Im übrigen muß zur Feststellung der Bedeutung der Klausel auch das übrige Material herangezogen werden.

Hier ergibt sich nun aus der oben zitierten Senecastelle (de ben. 3, 15) zweifellos, daß die Ansicht von Bruns, ZRG. XIII S. 366[2]) unhaltbar ist, wonach die Klausel wiederzugeben wäre mit „nach Einsicht oder Befragung der tabellae signatae“ — vorausgesetzt, daß die Ausführungen Senecas wirklich, wie angenommen wurde[3]), mit der hier in Rede stehenden Form der Beurkundung in engstem Zusammenhang stehen, wobei dann ohne weiteres zu schließen ist, daß Seneca das Wort interrogatio gerade im Anschluß an die ihm bekannte Klausel verwendet. Seneca sagt, daß der Gläubiger, nachdem die tabulae abgefaßt sind, non est interrogatione contentus. Das ist dahin

[1]) Rabel, Grundz. S. 485 [6]. — Die Klausel ist „das weitaus wichtigste Argument der Hypothese Mommsens“, daß es sich in der testatio um die Beurkundung einer Akzeptilation handle (Erman, Z.Sav. XX S. 198, 205). — Vgl. die Literaturzusammenstellung von Kübler in Mommsen, Ges. Schr. III S. 220 Anm. und weiter Zangemeister in CIL.IV suppl. 1; Frese, Z.Sav. XVIII S. 254ff.; Behrend, Zur Geschichte der Quittung, Berl. Diss. 1896; Kniep, Argentaria stipulatio S. 44ff.; Mitteis, Röm. Privatr. S. 297 [18].

[2]) Kl. Schriften II 323. Bruns haben sich angeschlossen: Frese, Z.Sav. XVIII S. 255; Kniep, Arg. stip. S. 50/1. — Auch Erman war Bruns gefolgt (Geschichte der röm. Quittungen S. 12/3), er hat aber inzwischen (Z.Sav. XX S. 198) unter dem Eindruck der Senecastelle seine Auffassung geändert.

[3]) Erman, Z.Sav. XX S. 198 und oben S. 461/2.

zu verstehen, daß die stattgehabte interrogatio den Gegenstand der Beurkundung in den tabulae bildet. Mit ihr gibt sich der Gläubiger nicht zufrieden, er verlangt noch das chirographum des Schuldners als scriptura exterior.

Wie ist nun aber die in der testatio beurkundete interrogatio beschaffen?

Am nächsten liegt es wohl, dabei an eine Stipulation[1]) zu denken, die vor den Zeugen abgeschlossen ist. Diese Ansicht wird noch unterstützt durch den Umstand, daß in den tabulae des Geldverleihers bei Seneca wohl auch eine Stipulation als beurkundet gedacht werden muß.[2])

Faßt man nun interrogatio noch etwas weiter und versteht darunter nicht nur die Stipulation, sondern auch die Akzeptilation, so gelangt man damit für die pompejanischen Quittungen zu der Auffassung, die Mommsen vertreten hat. Nach ihm handelt es sich ja bei diesen in den testationes um Zeugnisurkunden über stattgehabte Akzeptilationen und auf diesen formellen Verbalakt bezieht er gerade das Wort interrogatio.[3])

Nun sind aber gegen diese Akzeptilationshypothese Mommsens schon gute Gründe geltend gemacht worden,

---

[1]) S. z. B. auch Riccobono, Z.Sav. XXXV S. 279 [1].

[2]) Vgl. oben S. 461 und Erman, Z.Sav. XX S. 198, der aber später (S. 205ff.) unter interrogatio doch keinen formellen Verbalakt (Stipulation oder Akzeptilation) versteht; s. dazu unten S. 468 Anm. 1.

[3]) Mommsen, Hermes XII S. 106ff. = Ges. Schr. III 239ff.; ebenso Karlowa, R. Rgesch. I 798ff.; Zangemeister, CIL. IV suppl. 1 S. 420. — Zu erwägen ist, ob sich interrogatio nicht auf die stipulatio beziehen könnte, welche in der testatio erwähnt wird, wenn es hier heißt: quae pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi venit. Doch scheint dies ausgeschlossen, da es sich hier nicht um eine Stipulation zwischen Jucundus und seinem Kunden handelt, deren Abschluß hier beurkundet würde; vielmehr ist es die Stipulation, welche bei der Auktion zwischen Jucundus und dem Käufer geschlossen worden ist (so Mommsen, Hermes XII S. 112 = Ges. Schr. III S. 245, anders — aber mit Unrecht — Karlowa, R. Rgesch. I S. 803ff.). Ihre Erwähnung erfolgt, um die Forderung, welche durch Zahlung von seiten des Jucundus an den Kunden getilgt und über welche nun quittiert wird, näher zu charakterisieren; in der (ja gekürzten, s. oben S. 462) scriptura exterior kann deshalb dieser Zusatz wegbleiben.

Schwierigkeiten bereitet, so daß sie noch vor kurzem als „dunkel“ bezeichnet worden ist.[1])

Auch die neue Tafel bringt für sich allein kein volles Licht. Sie trägt aber doch zur Klärung vor allem insofern bei, als sie hinsichtlich der Frage der zeitlichen und sachlichen Verwendung der Klausel neue Aufschlüsse gibt. Einmal beweist sie, daß es sich hier um eine ständige Klausel handelt, von der wir jetzt sehen, daß sie mindestens hundert Jahre (wahrscheinlich aber viel länger) im Gebrauch gewesen ist; zum anderen ist die Urkunde eine willkommene Vermehrung des Materials in der Richtung, daß wir jetzt die gleiche Klausel in der scriptura ext. einer Kaufurkunde vor uns sehen.

Im übrigen muß zur Feststellung der Bedeutung der Klausel auch das übrige Material herangezogen werden.

Hier ergibt sich nun aus der oben zitierten Senecastelle (de ben. 3, 15) zweifellos, daß die Ansicht von Bruns, ZRG. XIII S. 366[2]) unhaltbar ist, wonach die Klausel wiederzugeben wäre mit „nach Einsicht oder Befragung der tabellae signatae“ — vorausgesetzt, daß die Ausführungen Senecas wirklich, wie angenommen wurde[3]), mit der hier in Rede stehenden Form der Beurkundung in engstem Zusammenhang stehen, wobei dann ohne weiteres zu schließen ist, daß Seneca das Wort interrogatio gerade im Anschluß an die ihm bekannte Klausel verwendet. Seneca sagt, daß der Gläubiger, nachdem die tabulae abgefaßt sind, non est interrogatione contentus. Das ist dahin

[1]) Rabel, Grundz. S. 485 [6]. — Die Klausel ist „das weitaus wichtigste Argument der Hypothese Mommsens“, daß es sich in der testatio um die Beurkundung einer Akzeptilation handle (Erman, Z.Sav. XX S. 198, 205). — Vgl. die Literaturzusammenstellung von Kübler in Mommsen, Ges. Schr. III S. 220 Anm. und weiter Zangemeister in CIL.IV suppl. 1; Frese, Z.Sav. XVIII S. 254ff.; Behrend, Zur Geschichte der Quittung, Berl. Diss. 1896; Kniep, Argentaria stipulatio S. 44ff.; Mitteis, Röm. Privatr. S. 297 [18].

[2]) Kl. Schriften II 323. Bruns haben sich angeschlossen: Frese, Z.Sav. XVIII S. 255; Kniep, Arg. stip. S. 50/1. — Auch Erman war Bruns gefolgt (Geschichte der röm. Quittungen S. 12/3), er hat aber inzwischen (Z.Sav. XX S. 198) unter dem Eindruck der Senecastelle seine Auffassung geändert.

[3]) Erman, Z.Sav. XX S. 198 und oben S. 461/2.

zu verstehen, daß die stattgehabte interrogatio den Gegenstand der Beurkundung in den tabulae bildet. Mit ihr gibt sich der Gläubiger nicht zufrieden, er verlangt noch das chirographum des Schuldners als scriptura exterior.

Wie ist nun aber die in der testatio beurkundete interrogatio beschaffen?

Am nächsten liegt es wohl, dabei an eine Stipulation[1]) zu denken, die vor den Zeugen abgeschlossen ist. Diese Ansicht wird noch unterstützt durch den Umstand, daß in den tabulae des Geldverleihers bei Seneca wohl auch eine Stipulation als beurkundet gedacht werden muß.[2])

Faßt man nun interrogatio noch etwas weiter und versteht darunter nicht nur die Stipulation, sondern auch die Akzeptilation, so gelangt man damit für die pompejanischen Quittungen zu der Auffassung, die Mommsen vertreten hat. Nach ihm handelt es sich ja bei diesen in den testationes um Zeugnisurkunden über stattgehabte Akzeptilationen und auf diesen formellen Verbalakt bezieht er gerade das Wort interrogatio.[3])

Nun sind aber gegen diese Akzeptilationshypothese Mommsens schon gute Gründe geltend gemacht worden,

---

[1]) S. z. B. auch Riccobono, Z.Sav. XXXV S. 279 [1].

[2]) Vgl. oben S. 461 und Erman, Z.Sav. XX S. 198, der aber später (S. 205ff.) unter interrogatio doch keinen formellen Verbalakt (Stipulation oder Akzeptilation) versteht; s. dazu unten S. 468 Anm. 1.

[3]) Mommsen, Hermes XII S. 106ff. = Ges. Schr. III 239ff.; ebenso Karlowa, R. Rgesch. I 798ff.; Zangemeister, CIL. IV suppl. 1 S. 420. — Zu erwägen ist, ob sich interrogatio nicht auf die stipulatio beziehen könnte, welche in der testatio erwähnt wird, wenn es hier heißt: quae pecunia in stipulatum L. Caecili Iucundi venit. Doch scheint dies ausgeschlossen, da es sich hier nicht um eine Stipulation zwischen Jucundus und seinem Kunden handelt, deren Abschluß hier beurkundet würde; vielmehr ist es die Stipulation, welche bei der Auktion zwischen Jucundus und dem Käufer geschlossen worden ist (so Mommsen, Hermes XII S. 112 = Ges. Schr. III S. 245, anders — aber mit Unrecht — Karlowa, R. Rgesch. I S. 803ff.). Ihre Erwähnung erfolgt, um die Forderung, welche durch Zahlung von seiten des Jucundus an den Kunden getilgt und über welche nun quittiert wird, näher zu charakterisieren; in der (ja gekürzten, s. oben S. 462) scriptura exterior kann deshalb dieser Zusatz wegbleiben.

die im einzelnen nicht zu wiederholen sind. Es genügt ein Hinweis auf Bruns und namentlich auf Erman.[1])

Hier ist nur zu betonen, daß auch die ravennatische Urkunde gegen die Lehre Mommsens spricht. Wir dürfen nach dem Vorbild von P. Brit. Mus. 229 sowie der Siebenbürger Sklavenkäufe annehmen, daß hier in der verlorenen testatio ein accepisse et habere se dixit hinsichtlich des Kaufpreises beurkundet war[2]) — entsprechend dem persoluta habere se dixit in den pompejanischen testationes.[3]) Da sich nun andererseits in der scriptura exterior des ravennatischen Stücks auch die Klausel ex interrogatione findet, so müßte nach Mommsen hier wohl auch auf eine Akzeptilation geschlossen werden.[4]) Daß eine solche hier vorliegt, ist aber doch abzulehnen.[5])

In den testationes dieser Kaufverträge haben wir es, wie schon Bruns richtig betont hat[6]), mit einfachen Quit-

---

[1]) Bruns, ZRG. XIII S. 364ff. (= Kl. Schr. II S. 321ff.); Erman, Z.Sav. XX S. 191ff. Vgl. ferner Bruns-Lenel, Holtz. Enz. [7] S. 369; Mitteis, Röm. Privatr. S. 297 [18]; Girard, manuel [6] S. 699 [1].

[2]) S. oben S. 460. Vgl. auch PSI VI. 729 Z. 5.

[3]) Bruns, font. I [7] S. 358/9.

[4]) Allerdings hat Mommsen (Hermes XII S. 109ff., Ges. Schr. III S. 242ff.) angenommen, daß schon vor Gaius für den Fall der effektiven Zahlung „der alten formalen mündlichen Quittung mit dem habere se dixit ein Ende gemacht und diese durch die formlose, aber eigenhändige mit dem scripsi me accepisse ersetzt worden sei“. Seit dieser Zeit sei die Akzeptilation bei der eigentlichen Solution beseitigt und diese Lösungsform nur für diejenigen Fälle geblieben, wo die Obligation z. B. durch Erlaß getilgt ward und das scripsi me accepisse nicht paßte. Im Gegensatz dazu sehen wir jetzt, daß auch noch etwa zu Gaius' Zeit die testatio mit habere se dixit und das chirographum mit scripsi me accepisse bei der eigentlichen Solution zusammen in Anwendung sind. Nur stellt erstere nicht die Beurkundung einer Akzeptilation dar — im zweiten Jahrhundert ebensowenig wie im ersten. — Von dieser Frage ist natürlich die andere zu trennen, ob anzunehmen ist, daß auch bei effektiver Zahlung Akzeptilation als real-verbaler Vertrag vorkommen kann; diese Frage ist allerdings mit der herrschenden Lehre zu bejahen, . Mitteis, Röm. Privatr. 265.

[5]) Man darf es füglich bezweifeln, daß Mommsen zu seiner Akzeptilationshypothese gekommen wäre, wenn ihm neben den pompejanischen Auktionsquittungen auch der ravennatische Kaufvertrag mit der gleichen Klausel bekannt gewesen wäre.

[6]) ZRG. XIII S. 366 (= Kl. Schr. II 323).

tungen, mündlichen Empfangsbekenntnissen zu tun — und das gleiche ist auch für die pompejanischen testationes anzunehmen.

Trifft letzteres zu, dann kann aber schon in den pompejanischen Tafeln mit interrogatio nicht speziell auf einen formalen Verbalakt verwiesen sein[1]), vielmehr muß schon zu dieser Zeit der Klausel mit dem Wort interrogatio nur die Bedeutung eines Hinweises auf die mündliche Verhandlung vor den Zeugen, die in der testatio beurkundet war, zukommen, einerlei, ob darin ein formaler Verbalakt enthalten war oder nicht.

Diese Bezugnahme auf den Inhalt der tabellae signatae war angezeigt, weil das Chirographum als subscriptio nur die wesentlichen Punkte des Geschäfts wiedergab.[2]) Andererseits lag darin allerdings auch ein Bekenntnis des Ausstellers des Chirographums zu seinen mündlich vor den Zeugen abgegebenen Erklärungen. Es steht sonach die Klausel an Bedeutung gleich dem häufig begegnenden *ὡς πρόκιται* oder ut supra scriptum est.[3])

Dadurch ist aber keineswegs ausgeschlossen, daß zu der Zeit, da die Klausel in Gebrauch kam[4]), in den zu-

[1]) Es ist deshalb auch nicht weiter zu untersuchen, ob vielleicht in der Gießener Tafel interrogatio sich nur auf den in der testatio ja beurkundeten Abschluß der stipulatio duplae beziehen könnte. Ein Vergleich mit den pompejanischen Urkunden (insbesondere mit Nr. XVII, wo vor der Klausel ex auctione fehlt) zeigt übrigens ohne weiteres, daß dies nicht zutrifft.

[2]) Dies zeigt jetzt deutlich die ravennatische Tafel, s. oben S. 462.

[3]) Vgl. das Diptychon aus Hermupolis (oben S. 462 Anm. 2), Mitteis, Chrest. 362: hier heißt es in der subjektiv stilisierten griechischen scriptura exterior: *ἠλευθέρωσα καὶ ἔσχον ὑπὲρ λύτρων — δραχμὰς — παρὰ Α. Ἀλῆτος — ὡς πρόκιται.* — P. Brit. Mus. 229 steht am Ende der subscriptio des Verkäufers: ϛta ut ss. scriptum est. — BGU. 887 schließt die *ὑπογραφή* Z. 22 mit: *ὠ. προγέγραπται.* — S. auch P. Hamb. Jnv. Nr. 300 (Meyer, Ztschr. f vgl. Rwiss. XXXV S. 103) Z. 10, ferner etwa Mitteis, Chrest. 159 Z. 35, 160 Z. 30.

[4]) Wann dies der Fall gewesen ist, wissen wir nicht. Auch die überaus sorgfältigen Beobachtungen Zangemeisters an den pompejanischen Tafeln hinsichtlich des Auftretens der Doppelurkunden mit objektiv stilisierter Innen- und Chirographum als Außenschrift bieten angesichts der Spärlichkeit des Materials keinen einigermaßen sicheren Anhaltspunkt. Daß die Klausel sich nicht in allen pompejanischen

gehörigen testationes stets ein formaler Verbalakt (Stipulation oder Akzeptilation) beurkundet war und daß damals das Wort interrogatio diese prägnante Bedeutung hatte.[1]) Mit der Zeit hat sich dann aber die Klausel abgeschliffen und man hat dabei wohl nur noch den Gegensatz zwischen dem scripsi des Chirographums griechischer Provenienz und der mündlichen Verhandlung bei der testatio römischen Ursprungs empfunden.

Chirographa findet, in welchen sie zu erwarten wäre, daß sie somit nicht als wesentlich erschien, scheint für einen bereits länger dauernden Gebrauch im Verkehr zu sprechen.

[1]) Man kann mit Rücksicht auf den griechischen Ursprung des Chirographums vermuten, daß dies mit der griechischen Benennung der stipulatio als ἐπερώτησις zusammenhängt (vgl. Keil, Beitr. z. Gesch. d. Areopags, Ber. d. Sächs. Akad. Phil. hist. Kl. LXXI, Heft 8, S. 40); denkbar wäre aber auch, daß man interrogatio wählte, um damit sowohl die stipulatio als auch die acceptilatio zu bezeichnen. Allerdings ist dabei auch zu beachten, welch große Rolle Frage und Antwort in Rom auch bei formlosen Geschäften spielten (vgl. z. B. Mitteis, Röm. Privatr. S. 259), so daß auch die Möglichkeit besteht, daß von vornherein bei interrogatio nicht nur an formale Verbalakte gedacht gewesen wäre, s. Erman, Z.Sav. XX S. 203f., 209.

XVIII.

Zwei Rätsel.

Von

Herrn Professor Dr. **H. H. Pflüger**

in Bonn.

1.

Das Publizianische Edikt.

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Die Wiederherstellung des in dieser traurigen Gestalt, als l. 1 pr. D. 6. 2, überlieferten Publizianischen Edikts ist vielleicht einfacher als man denkt. Man darf nur nicht übersehen, daß Ulpian in l. 1 § 1 eod. die Worte nondum usucaptum nicht wie man erwarten sollte nach, sondern vor den Worten ex iusta causa erörtert, auf die er erst in l. 3 § 1 zu sprechen kommt. Das läßt darauf schließen, daß die Worte ex iusta causa in l. 1 pr. nicht an ihrem Platze stehen, und die Vermutung drängt sich auf, daß es sich in l. 1 und in l. 3 in Wirklichkeit um zwei verschiedene Edikte handelt: ein älteres Hauptedikt, wie die Musterformel nur den Fall des Kaufes ins Auge fassend, und ein jüngeres Zusatzedikt, denselben Schutz wie dem Käufer auch jedem andern in Aussicht stellend, der eine Sache sonst ex iusta causa übergeben erhalten und noch nicht ersessen hat. Und erst die Kompilatoren hätten daraus das Edikt der l. 1 pr. auf möglichst ungeschickte Weise zusammengeflickt. Die doch nur die Augen aufzutun brauchten, um von Gaius zu lernen, wie man so etwas elegant macht! Denn auch Gaius 4. 36 faßt nur den Inhalt jener beiden Edikte in einen Satz zusammen, wenn er schreibt:

datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam

gehörigen testationes stets ein formaler Verbalakt (Stipulation oder Akzeptilation) beurkundet war und daß damals das Wort interrogatio diese prägnante Bedeutung hatte.[1]) Mit der Zeit hat sich dann aber die Klausel abgeschliffen und man hat dabei wohl nur noch den Gegensatz zwischen dem scripsi des Chirographums griechischer Provenienz und der mündlichen Verhandlung bei der testatio römischen Ursprungs empfunden.

Chirographa findet, in welchen sie zu erwarten wäre, daß sie somit nicht als wesentlich erschien, scheint für einen bereits länger dauernden Gebrauch im Verkehr zu sprechen.

[1]) Man kann mit Rücksicht auf den griechischen Ursprung des Chirographums vermuten, daß dies mit der griechischen Benennung der stipulatio als ἐπερώτησις zusammenhängt (vgl. Keil, Beitr. z. Gesch. d. Areopags, Ber. d. Sächs. Akad. Phil. hist. Kl. LXXI, Heft 8, S. 40); denkbar wäre aber auch, daß man interrogatio wählte, um damit sowohl die stipulatio als auch die acceptilatio zu bezeichnen. Allerdings ist dabei auch zu beachten, welch große Rolle Frage und Antwort in Rom auch bei formlosen Geschäften spielten (vgl. z. B. Mitteis, Röm. Privatr. S. 259), so daß auch die Möglichkeit besteht, daß von vornherein bei interrogatio nicht nur an formale Verbalakte gedacht gewesen wäre, s. Erman, Z.Sav. XX S. 203f., 209.

XVIII.

Zwei Rätsel.

Von

Herrn Professor Dr. **H. H. Pflüger**

in Bonn.

1.

Das Publizianische Edikt.

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Die Wiederherstellung des in dieser traurigen Gestalt, als l. 1 pr. D. 6. 2, überlieferten Publizianischen Edikts ist vielleicht einfacher als man denkt. Man darf nur nicht übersehen, daß Ulpian in l. 1 § 1 eod. die Worte nondum usucaptum nicht wie man erwarten sollte nach, sondern vor den Worten ex iusta causa erörtert, auf die er erst in l. 3 § 1 zu sprechen kommt. Das läßt darauf schließen, daß die Worte ex iusta causa in l. 1 pr. nicht an ihrem Platze stehen, und die Vermutung drängt sich auf, daß es sich in l. 1 und in l. 3 in Wirklichkeit um zwei verschiedene Edikte handelt: ein älteres Hauptedikt, wie die Musterformel nur den Fall des Kaufes ins Auge fassend, und ein jüngeres Zusatzedikt, denselben Schutz wie dem Käufer auch jedem andern in Aussicht stellend, der eine Sache sonst ex iusta causa übergeben erhalten und noch nicht ersessen hat. Und erst die Kompilatoren hätten daraus das Edikt der l. 1 pr. auf möglichst ungeschickte Weise zusammengeflickt. Die doch nur die Augen aufzutun brauchten, um von Gaius zu lernen, wie man so etwas elegant macht! Denn auch Gaius 4. 36 faßt nur den Inhalt jener beiden Edikte in einen Satz zusammen, wenn er schreibt:

datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam

gehörigen testationes stets ein formaler Verbalakt (Stipulation oder Akzeptilation) beurkundet war und daß damals das Wort interrogatio diese prägnante Bedeutung hatte.[1]) Mit der Zeit hat sich dann aber die Klausel abgeschliffen und man hat dabei wohl nur noch den Gegensatz zwischen dem scripsi des Chirographums griechischer Provenienz und der mündlichen Verhandlung bei der testatio römischen Ursprungs empfunden.

Chirographa findet, in welchen sie zu erwarten wäre, daß sie somit nicht als wesentlich erschien, scheint für einen bereits länger dauernden Gebrauch im Verkehr zu sprechen.

[1]) Man kann mit Rücksicht auf den griechischen Ursprung des Chirographums vermuten, daß dies mit der griechischen Benennung der stipulatio als ἐπερώτησις zusammenhängt (vgl. Keil, Beitr. z. Gesch. d. Areopags, Ber. d. Sächs. Akad. Phil. hist. Kl. LXXI, Heft 8, S. 40); denkbar wäre aber auch, daß man interrogatio wählte, um damit sowohl die stipulatio als auch die acceptilatio zu bezeichnen. Allerdings ist dabei auch zu beachten, welch große Rolle Frage und Antwort in Rom auch bei formlosen Geschäften spielten (vgl. z. B. Mitteis, Röm. Privatr. S. 259), so daß auch die Möglichkeit besteht, daß von vornherein bei interrogatio nicht nur an formale Verbalakte gedacht gewesen wäre, s. Erman, Z.Sav. XX S. 203f., 209.

XVIII.

Zwei Rätsel.

Von

Herrn Professor Dr. **H. H. Pflüger**

in Bonn.

1.

Das Publizianische Edikt.

Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Die Wiederherstellung des in dieser traurigen Gestalt, als l. 1 pr. D. 6. 2, überlieferten Publizianischen Edikts ist vielleicht einfacher als man denkt. Man darf nur nicht übersehen, daß Ulpian in l. 1 § 1 eod. die Worte nondum usucaptum nicht wie man erwarten sollte nach, sondern vor den Worten ex iusta causa erörtert, auf die er erst in l. 3 § 1 zu sprechen kommt. Das läßt darauf schließen, daß die Worte ex iusta causa in l. 1 pr. nicht an ihrem Platze stehen, und die Vermutung drängt sich auf, daß es sich in l. 1 und in l. 3 in Wirklichkeit um zwei verschiedene Edikte handelt: ein älteres Hauptedikt, wie die Musterformel nur den Fall des Kaufes ins Auge fassend, und ein jüngeres Zusatzedikt, denselben Schutz wie dem Käufer auch jedem andern in Aussicht stellend, der eine Sache sonst ex iusta causa übergeben erhalten und noch nicht ersessen hat. Und erst die Kompilatoren hätten daraus das Edikt der l. 1 pr. auf möglichst ungeschickte Weise zusammengeflickt. Die doch nur die Augen aufzutun brauchten, um von Gaius zu lernen, wie man so etwas elegant macht! Denn auch Gaius 4. 36 faßt nur den Inhalt jener beiden Edikte in einen Satz zusammen, wenn er schreibt:

datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam

sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.

Nun auch das Edikt der l. 3 §1, von dem dort nur die Worte ex iusta causa petet erhalten sind, wiederherzustellen, oder auch nur eine Erklärung dafür zu geben, warum die Kompilatoren das für sie hier ganz überflüssige, auch schwerlich gleich hinter ex iusta causa am rechten Platze stehende petet haben stehen lassen, daran ist selbstverständlich nicht zu denken. Genug, wenn die Entdeckung dieses Edikts freie Bahn geschaffen hat für die Herstellung des Hauptedikts.

Der Gedanke, daß das Edikt der l. 1 pr. in seiner wahren Gestalt sich auf den Fall des Kaufes beschränkt habe, ist schon vor Jahren von Perozzi[1]) und lange vorher von Puntschart[2]) ausgesprochen worden. Aber namentlich der Versuch des bekannten italienischen Gelehrten, diesen Gedanken in die Tat umzusetzen, zeigt leider nur wie man es nicht macht.

Nach Gaius 4. 36 lautete die Musterformel:

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse oporteret usw.

Im Widerspruch damit soll nach Perozzi das Edikt gelautet haben:

Si quis id quod bona fide emit (oder emerit oder emisse dicetur) nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das lassen wir uns selbst von Perozzi nicht einreden, daß Formel und Edikt so entgegengesetzte Wege gegangen seien: die Formel die Übergabe gefordert habe und nicht den guten Glauben, das Edikt den guten Glauben gefordert und nicht die Übergabe! Daß das Edikt ebenso wie die Formel die Übergabe gefordert haben muß, darüber ist gar kein Wort zu verlieren. Und daß das Edikt so wenig wie die Formel über den guten Glauben ein Wort verloren haben kann, darüber kann uns die von Perozzi angerufene l. 7 § 11 h. t., mit dem auf den ersten Blick so bedenklich

---

[1]) Bullettino dell' istituto di diritto romano 7 S. 45ff.

[2]) Entwicklung des grundgesetzlichen Zivilrechts der Römer S. 353

aussehenden: Praetor ait qui bona fide emit, heute nicht mehr täuschen, seitdem wir wissen, daß schon von § 10 an Ulpian nicht mehr beim Edikt ist, sondern bei der Formel. Keine Gefahr, daß wir uns darum nun doch noch mit Gaius in Widerspruch setzen und was im Edikt keine Stätte findet der Formel zuweisen müßten![1]) Vielmehr werden wir von jenen Worten der l. 7 § 11 nicht nur das schon von Lenel geopferte qui, sondern mit Gradenwitz[2]) und Pernice[3]) auch das bona fide dahingeben. Ulpian hatte vermutlich geschrieben: quem hominem A. A. emit, mit dem irgendwie kenntlich gemachten Ton auf emit, zu dessen Erläuterung er damit überging. Die Kompilatoren konnten das natürlich nicht gebrauchen. Aber auch was jetzt auf emit folgt: non igitur omnis emptio proderit sed ea quae bonam fidem habet, ist wohl nur zu acht Elfteln von Ulpian. Die emptio u. dgl., die bonam fidem habet kommt zwar noch zweimal in den Digesten vor: in l. 10 pr. und l. 44 § 2 D. 41. 3, klingt aber in allen diesen Fällen gleich sonderbar und verdächtig. Ulpian hatte wohl, auf die Usukapionsfiktion Bezug nehmend, etwa so geschrieben: folglich sei nicht ein jeder Kauf gut, sondern nur ein solcher, auf Grund dessen der Käufer ersitzen könne, also nur entweder der Kauf ohne Manzipation einer res mancipi vom wahren Eigentümer, oder der Kauf im guten Glauben irgend einer Sache vom Nichteigentümer. Was die Kompilatoren natürlich auch nicht gebrauchen konnten: wie es auch nicht zu verwundern ist, daß sie auch im folgenden nur solche Erörterungen Ulpians haben stehen lassen, die sich auf den Fall des Kaufs im guten Glauben bezogen, und die sich nun so ausnehmen, als seien sie nie etwas anderes gewesen, als Erläuterungen der vermeintlichen Ediktsworte: qui bona fide emit.

Auf einige andere Stellen, die Perozzi noch für sich anführt, verlohnt es sich heute kaum noch einzugehen. Oder doch nur um zu sagen, daß auch in l. 3 § 1 h. t. das

[1]) Vgl. Lenel, Palingenesie, zu Ulpian 569, Savigny-Zeitschrift 20 S. 20ff., Edictum perpetuum 2. Aufl. S. 166.

[2]) Savigny-Zeitschrift 12 S. 137.

[3]) Labeo 2 S. 344 Anm. 1.



sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.

Nun auch das Edikt der l. 3 §1, von dem dort nur die Worte ex iusta causa petet erhalten sind, wiederherzustellen, oder auch nur eine Erklärung dafür zu geben, warum die Kompilatoren das für sie hier ganz überflüssige, auch schwerlich gleich hinter ex iusta causa am rechten Platze stehende petet haben stehen lassen, daran ist selbstverständlich nicht zu denken. Genug, wenn die Entdeckung dieses Edikts freie Bahn geschaffen hat für die Herstellung des Hauptedikts.

Der Gedanke, daß das Edikt der l. 1 pr. in seiner wahren Gestalt sich auf den Fall des Kaufes beschränkt habe, ist schon vor Jahren von Perozzi[1]) und lange vorher von Puntschart[2]) ausgesprochen worden. Aber namentlich der Versuch des bekannten italienischen Gelehrten, diesen Gedanken in die Tat umzusetzen, zeigt leider nur wie man es nicht macht.

Nach Gaius 4. 36 lautete die Musterformel:

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse oporteret usw.

Im Widerspruch damit soll nach Perozzi das Edikt gelautet haben:

Si quis id quod bona fide emit (oder emerit oder emisse dicetur) nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das lassen wir uns selbst von Perozzi nicht einreden, daß Formel und Edikt so entgegengesetzte Wege gegangen seien: die Formel die Übergabe gefordert habe und nicht den guten Glauben, das Edikt den guten Glauben gefordert und nicht die Übergabe! Daß das Edikt ebenso wie die Formel die Übergabe gefordert haben muß, darüber ist gar kein Wort zu verlieren. Und daß das Edikt so wenig wie die Formel über den guten Glauben ein Wort verloren haben kann, darüber kann uns die von Perozzi angerufene l. 7 § 11 h. t., mit dem auf den ersten Blick so bedenklich

[1]) Bullettino dell' istituto di diritto romano 7 S. 45ff.

[2]) Entwicklung des grundgesetzlichen Zivilrechts der Römer S. 353

aussehenden: Praetor ait qui bona fide emit, heute nicht mehr täuschen, seitdem wir wissen, daß schon von § 10 an Ulpian nicht mehr beim Edikt ist, sondern bei der Formel. Keine Gefahr, daß wir uns darum nun doch noch mit Gaius in Widerspruch setzen und was im Edikt keine Stätte findet der Formel zuweisen müßten![1]) Vielmehr werden wir von jenen Worten der l. 7 § 11 nicht nur das schon von Lenel geopferte qui, sondern mit Gradenwitz[2]) und Pernice[3]) auch das bona fide dahingeben. Ulpian hatte vermutlich geschrieben: quem hominem A. A. emit, mit dem irgendwie kenntlich gemachten Ton auf emit, zu dessen Erläuterung er damit überging. Die Kompilatoren konnten das natürlich nicht gebrauchen. Aber auch was jetzt auf emit folgt: non igitur omnis emptio proderit sed ea quae bonam fidem habet, ist wohl nur zu acht Elfteln von Ulpian. Die emptio u. dgl., die bonam fidem habet kommt zwar noch zweimal in den Digesten vor: in l. 10 pr. und l. 44 § 2 D. 41. 3, klingt aber in allen diesen Fällen gleich sonderbar und verdächtig. Ulpian hatte wohl, auf die Usukapionsfiktion Bezug nehmend, etwa so geschrieben: folglich sei nicht ein jeder Kauf gut, sondern nur ein solcher, auf Grund dessen der Käufer ersitzen könne, also nur entweder der Kauf ohne Manzipation einer res mancipi vom wahren Eigentümer, oder der Kauf im guten Glauben irgend einer Sache vom Nichteigentümer. Was die Kompilatoren natürlich auch nicht gebrauchen konnten: wie es auch nicht zu verwundern ist, daß sie auch im folgenden nur solche Erörterungen Ulpians haben stehen lassen, die sich auf den Fall des Kaufs im guten Glauben bezogen, und die sich nun so ausnehmen, als seien sie nie etwas anderes gewesen, als Erläuterungen der vermeintlichen Ediktsworte: qui bona fide emit.

Auf einige andere Stellen, die Perozzi noch für sich anführt, verlohnt es sich heute kaum noch einzugehen. Oder doch nur um zu sagen, daß auch in l. 3 § 1 h. t. das

---

[1]) Vgl. Lenel, Palingenesie, zu Ulpian 569, Savigny-Zeitschrift 20 S. 20ff., Edictum perpetuum 2. Aufl. S. 166.

[2]) Savigny-Zeitschrift 12 S. 137.

[3]) Labeo 2 S. 344 Anm. 1.

sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.

Nun auch das Edikt der l. 3 §1, von dem dort nur die Worte ex iusta causa petet erhalten sind, wiederherzustellen, oder auch nur eine Erklärung dafür zu geben, warum die Kompilatoren das für sie hier ganz überflüssige, auch schwerlich gleich hinter ex iusta causa am rechten Platze stehende petet haben stehen lassen, daran ist selbstverständlich nicht zu denken. Genug, wenn die Entdeckung dieses Edikts freie Bahn geschaffen hat für die Herstellung des Hauptedikts.

Der Gedanke, daß das Edikt der l. 1 pr. in seiner wahren Gestalt sich auf den Fall des Kaufes beschränkt habe, ist schon vor Jahren von Perozzi[1]) und lange vorher von Puntschart[2]) ausgesprochen worden. Aber namentlich der Versuch des bekannten italienischen Gelehrten, diesen Gedanken in die Tat umzusetzen, zeigt leider nur wie man es nicht macht.

Nach Gaius 4. 36 lautete die Musterformel:

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse oporteret usw.

Im Widerspruch damit soll nach Perozzi das Edikt gelautet haben:

Si quis id quod bona fide emit (oder emerit oder emisse dicetur) nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das lassen wir uns selbst von Perozzi nicht einreden, daß Formel und Edikt so entgegengesetzte Wege gegangen seien: die Formel die Übergabe gefordert habe und nicht den guten Glauben, das Edikt den guten Glauben gefordert und nicht die Übergabe! Daß das Edikt ebenso wie die Formel die Übergabe gefordert haben muß, darüber ist gar kein Wort zu verlieren. Und daß das Edikt so wenig wie die Formel über den guten Glauben ein Wort verloren haben kann, darüber kann uns die von Perozzi angerufene l. 7 § 11 h. t., mit dem auf den ersten Blick so bedenklich

[1]) Bullettino dell' istituto di diritto romano 7 S. 45ff.

[2]) Entwicklung des grundgesetzlichen Zivilrechts der Römer S. 353

aussehenden: Praetor ait qui bona fide emit, heute nicht mehr täuschen, seitdem wir wissen, daß schon von § 10 an Ulpian nicht mehr beim Edikt ist, sondern bei der Formel. Keine Gefahr, daß wir uns darum nun doch noch mit Gaius in Widerspruch setzen und was im Edikt keine Stätte findet der Formel zuweisen müßten![1]) Vielmehr werden wir von jenen Worten der l. 7 § 11 nicht nur das schon von Lenel geopferte qui, sondern mit Gradenwitz[2]) und Pernice[3]) auch das bona fide dahingeben. Ulpian hatte vermutlich geschrieben: quem hominem A. A. emit, mit dem irgendwie kenntlich gemachten Ton auf emit, zu dessen Erläuterung er damit überging. Die Kompilatoren konnten das natürlich nicht gebrauchen. Aber auch was jetzt auf emit folgt: non igitur omnis emptio proderit sed ea quae bonam fidem habet, ist wohl nur zu acht Elfteln von Ulpian. Die emptio u. dgl., die bonam fidem habet kommt zwar noch zweimal in den Digesten vor: in l. 10 pr. und l. 44 § 2 D. 41. 3, klingt aber in allen diesen Fällen gleich sonderbar und verdächtig. Ulpian hatte wohl, auf die Usukapionsfiktion Bezug nehmend, etwa so geschrieben: folglich sei nicht ein jeder Kauf gut, sondern nur ein solcher, auf Grund dessen der Käufer ersitzen könne, also nur entweder der Kauf ohne Manzipation einer res mancipi vom wahren Eigentümer, oder der Kauf im guten Glauben irgend einer Sache vom Nichteigentümer. Was die Kompilatoren natürlich auch nicht gebrauchen konnten: wie es auch nicht zu verwundern ist, daß sie auch im folgenden nur solche Erörterungen Ulpians haben stehen lassen, die sich auf den Fall des Kaufs im guten Glauben bezogen, und die sich nun so ausnehmen, als seien sie nie etwas anderes gewesen, als Erläuterungen der vermeintlichen Ediktsworte: qui bona fide emit.

Auf einige andere Stellen, die Perozzi noch für sich anführt, verlohnt es sich heute kaum noch einzugehen. Oder doch nur um zu sagen, daß auch in l. 3 § 1 h. t. das

[1]) Vgl. Lenel, Palingenesie, zu Ulpian 569, Savigny-Zeitschrift 20 S. 20ff., Edictum perpetuum 2. Aufl. S. 166.

[2]) Savigny-Zeitschrift 12 S. 137.

[3]) Labeo 2 S. 344 Anm. 1.



sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.

Nun auch das Edikt der l. 3 §1, von dem dort nur die Worte ex iusta causa petet erhalten sind, wiederherzustellen, oder auch nur eine Erklärung dafür zu geben, warum die Kompilatoren das für sie hier ganz überflüssige, auch schwerlich gleich hinter ex iusta causa am rechten Platze stehende petet haben stehen lassen, daran ist selbstverständlich nicht zu denken. Genug, wenn die Entdeckung dieses Edikts freie Bahn geschaffen hat für die Herstellung des Hauptedikts.

Der Gedanke, daß das Edikt der l. 1 pr. in seiner wahren Gestalt sich auf den Fall des Kaufes beschränkt habe, ist schon vor Jahren von Perozzi[1]) und lange vorher von Puntschart[2]) ausgesprochen worden. Aber namentlich der Versuch des bekannten italienischen Gelehrten, diesen Gedanken in die Tat umzusetzen, zeigt leider nur wie man es nicht macht.

Nach Gaius 4. 36 lautete die Musterformel:

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse oporteret usw.

Im Widerspruch damit soll nach Perozzi das Edikt gelautet haben:

Si quis id quod bona fide emit (oder emerit oder emisse dicetur) nondum usucaptum petet iudicium dabo.

Das lassen wir uns selbst von Perozzi nicht einreden, daß Formel und Edikt so entgegengesetzte Wege gegangen seien: die Formel die Übergabe gefordert habe und nicht den guten Glauben, das Edikt den guten Glauben gefordert und nicht die Übergabe! Daß das Edikt ebenso wie die Formel die Übergabe gefordert haben muß, darüber ist gar kein Wort zu verlieren. Und daß das Edikt so wenig wie die Formel über den guten Glauben ein Wort verloren haben kann, darüber kann uns die von Perozzi angerufene l. 7 § 11 h. t., mit dem auf den ersten Blick so bedenklich

---

[1]) Bullettino dell' istituto di diritto romano 7 S. 45ff.

[2]) Entwicklung des grundgesetzlichen Zivilrechts der Römer S. 353

aussehenden: Praetor ait qui bona fide emit, heute nicht mehr täuschen, seitdem wir wissen, daß schon von § 10 an Ulpian nicht mehr beim Edikt ist, sondern bei der Formel. Keine Gefahr, daß wir uns darum nun doch noch mit Gaius in Widerspruch setzen und was im Edikt keine Stätte findet der Formel zuweisen müßten![1]) Vielmehr werden wir von jenen Worten der l. 7 § 11 nicht nur das schon von Lenel geopferte qui, sondern mit Gradenwitz[2]) und Pernice[3]) auch das bona fide dahingeben. Ulpian hatte vermutlich geschrieben: quem hominem A. A. emit, mit dem irgendwie kenntlich gemachten Ton auf emit, zu dessen Erläuterung er damit überging. Die Kompilatoren konnten das natürlich nicht gebrauchen. Aber auch was jetzt auf emit folgt: non igitur omnis emptio proderit sed ea quae bonam fidem habet, ist wohl nur zu acht Elfteln von Ulpian. Die emptio u. dgl., die bonam fidem habet kommt zwar noch zweimal in den Digesten vor: in l. 10 pr. und l. 44 § 2 D. 41. 3, klingt aber in allen diesen Fällen gleich sonderbar und verdächtig. Ulpian hatte wohl, auf die Usukapionsfiktion Bezug nehmend, etwa so geschrieben: folglich sei nicht ein jeder Kauf gut, sondern nur ein solcher, auf Grund dessen der Käufer ersitzen könne, also nur entweder der Kauf ohne Manzipation einer res mancipi vom wahren Eigentümer, oder der Kauf im guten Glauben irgend einer Sache vom Nichteigentümer. Was die Kompilatoren natürlich auch nicht gebrauchen konnten: wie es auch nicht zu verwundern ist, daß sie auch im folgenden nur solche Erörterungen Ulpians haben stehen lassen, die sich auf den Fall des Kaufs im guten Glauben bezogen, und die sich nun so ausnehmen, als seien sie nie etwas anderes gewesen, als Erläuterungen der vermeintlichen Ediktsworte: qui bona fide emit.

Auf einige andere Stellen, die Perozzi noch für sich anführt, verlohnt es sich heute kaum noch einzugehen. Oder doch nur um zu sagen, daß auch in l. 3 § 1 h. t. das

---

[1]) Vgl. Lenel, Palingenesie, zu Ulpian 569, Savigny-Zeitschrift 20 S. 20ff., Edictum perpetuum 2. Aufl. S. 166.

[2]) Savigny-Zeitschrift 12 S. 137.

[3]) Labeo 2 S. 344 Anm. 1.

bona fide nicht von Ulpian ist, und das aus eben dem Grunde, aus dem Perozzi die Worte für bedeutsam hält: weil sie nämlich in dem Zusammenhange vollkommen überflüssig sind.[1]) L. 12 § 3 eod. ist nach Beseler[2]) gänzlich unecht. Und in l. 9 § 4, l. 17 eod., l. 10 pr. D. 41. 3 handelt es sich eben nur um den Fall des Kaufs im guten Glauben.

Daß in l. 1 pr. die Worte non a domino als unecht einfach zu streichen sind und daß auch das traditur unecht ist, darüber ist man heute wohl einig. Die Unechtheit der Worte ex iusta causa glaube ich aufgedeckt zu haben, und was an die Stelle des traditur ex iusta causa zu treten hat, zeigt ein Blick auf die Formel. Wegen Gaius 4. 36, l. 2, l. 6, l. 9 § 6, l. 12 pr. D. 6. 2, l. 50 D. 6. 1 ist es vielleicht auch angebracht, vor petet die Worte amissa possessione einzuschieben, die die Kompilatoren wegen l. 11 § 2, l. 12 § 1, l. 15 D. 6. 2 gestrichen haben mögen.

Als ursprüngliche Gestalt des Publizianischen Edikts ergibt sich nach alledem:

Si quis id quod emit et ei traditum est et nondum usucaptum amissa possessione petet iudicium dabo.

Der kleine Fehler mit dem quod ist, wenn man es recht bedenkt, nur ein Zeichen des Alters und der Echtheit.

2.

Horaz, Serm. 2. 1. 86.

„Si mala condiderit in quem quis carmina ius est
Iudiciumque.“ „Esto si quis mala: sed bona si quis
Iudice condiderit laudatus Caesare? si quis
Opprobriis dignum latraverit, integer ipse?“
„Solventur risu tabulae, tu missus abibis.“

Erman[3]), der sich rühmen kann, die erste annehmbare Erklärung gegeben zu haben, versteht unter den tabulae die in einer versiegelten Wachstafelurkunde niedergelegte Prozeßformel. Horaz, den Trebatius absichtlich mißver-

---

[1]) Ebenso Lenel, Beiträge zur Kunde des prätor. Edikts S. 48 Anm. 20. Anders Savigny-Zeitschrift 20 S. 26 Anm. 1.

[2]) Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen 1 S. 103. Vgl. auch Albertario, Pegno della superficie S. 12.

[3]) Savigny-Zeitschrift 17 S. 324.

stehend, denke sich die Formel so: Quod Q. Horatius Flaccus mala carmina condidit usw. Das müsse den öffnenden Geschworenen zum Lachen bringen und zur sofortigen Freisprechung.

Ganz klar ist damit die Situation noch nicht. Wieso denn, fragt nicht mit Unrecht Trampedach[1]), schon der bloße Einblick in die Formel, noch ehe der Geschworene den Sachverhalt im einzelnen kennen gelernt habe, dessen Lachlust erregen könne?

Es bedarf, wie mir scheint, nur einer Kleinigkeit, um vollends Licht in die Sache zu bringen. Außer dem versiegelten enthielt die Wachstafel in bekannter Weise noch ein zweites offenes Exemplar derselben Formel, an das der Geschworene sich aus naheliegenden Gründen zunächst hielt. Erst ganz zum Schluß, wenn das Urteil gesprochen werden sollte, mußte die beglaubigte, bis dahin sorgfältig verwahrte innere Schrift eingesehen und konnten nun auch die Siegel unter Lachen gelöst werden.

Erman wirft beiläufig, ohne sie zu beantworten, auch noch die Frage auf, wer die Urkunde versiegelt habe: der Prätor oder die Zeugen oder alle zusammen? Sicherlich nicht der Prätor! Aber auch nicht die Zeugen allein, sondern zusammen mit den Parteien, zum mindesten mit dem Beklagten, der sich dadurch, ebenso wie bei Geschäftsurkunden die mitsiegelnde Geschäftspartei, dagegen sicherte, daß nicht der Gegner, der die Urkunde in Händen behielt, mit den Zeugen durchstach und die Urkunde fälschte.

Erman hat sich noch nicht ganz von dem alten Irrtum losgemacht, als sei die Formel dem Kläger vom Prätor ausgefertigt worden, wie vom Arzt dem Kranken das Rezept. Nur daß er den Prätor das nicht mehr schriftlich tun, sondern ihn die Formel mündlich verkünden und die so verkündete auf irgendeine Weise beurkundet werden läßt. Ist man aber schon so weit, dem Prätor die Schreiberei abzunehmen, so sollte man auch noch den Schritt weiter gehen und sich sagen, daß es doch gar keinen Zweck haben kann, schon die bloße Erteilung der Formel zu beurkunden. Ist

[1]) Savigny-Zeitschrift 18 S. 141.



sie doch nur von ganz vorübergehender Bedeutung, nur die von weiteren Entscheidungen und Erklärungen bald überholte Entscheidung des Prätors, daß er das von dem Kläger geforderte iudicium unter den von ihm, dem Prätor, damit festgesetzten Bedingungen — in haec verba — bewillige: dieses in dem Sinne, daß er es einzusetzen bereit sei und daß er den Beklagten, wenn nötig, zwingen werde, sich dem unter diesen Bedingungen einzusetzenden iudicium zu unterwerfen. Erst wenn der Beklagte daraufhin sich unterworfen, wenn er das iudicium „angenommen" hatte, dann erst war es an der Zeit, diese über alles wichtige und einschneidende Tatsache, und damit natürlich auch die Bedingungen, unter denen das iudicium bewilligt worden, in einer Urkunde festzulegen, in der zum mindesten gesagt sein mußte, daß apud illum praetorem inter Aulum Agerium et Numerium Negidium iudicium acceptum est in haec verba usw.

Die Gestalt, in der die Formel dem iudex, wie man annehmen darf vom Kläger, vorgelegt wurde, war also allemal die einer Litiskontestationsurkunde.

Darf ich mich nun auch noch zu der viel verhandelten Frage äußern, wie die Unterwerfung des Beklagten unter das einzusetzende iudicium, mit andern Worten, wie die Litiskontestation vor sich gegangen sei, so denke ich mir die Sache so. Nachdem der Prätor die Einsetzung des iudicium bewilligt; nachdem er auch — was zwar nach l. 28 § 4 D. 5. 1 nicht unbedingt erforderlich, aber doch schon deshalb durchaus die Regel war, weil ohne das kein iudicium legitimum sein konnte — einen iudex zur Verfügung gestellt; nachdem auch der Beklagte seine Bereitwilligkeit erklärt hatte: nachdem also, um mit Festus zu reden, iudicium ordinatum, d. h. nachdem man mit allem, was dazu gehörte, im reinen war, erging an die Zeugen, von denen man nicht erwarten konnte, daß sie den Verhandlungen bisher gefolgt waren, der Ruf: testes estote. Und dann ging es zu wie bei einer Stipulation. Denn an eine bloße Erklärung des Klägers nach Art der dotis dictio zu denken berechtigt uns der in den Quellen mehrfach vorkommende Ausdruck iudicium dictare doch wohl nicht. Die sehr viel

größere Rolle, die wir dort den Ausdruck iudicium accipere spielen sehen, verlangt vielmehr, daß wir dem Beklagten Gelegenheit geben, sich ausdrücklich zu erklären: wofür sich schwerlich eine bessere, sicherlich keine römischere Form denken läßt als die der Frage und Antwort. Der Kläger fragte also den Beklagten, ob er das iudicium, so wie der Prätor es bewilligt hatte, annehme, etwa mit den Worten: iudicium accipis in haec verba: L. Titius iudex esto. Si paret usw.? Der Beklagte antwortete: accipio. Dabei sprach der Kläger dem Beklagten die verba iudicii Wort für Wort langsam und deutlich vor. Daher der Ausdruck iudicium dictare. Denn daß es zum Nachschreiben geschehen sei, ist damit nicht notwendig gesagt. Wenn nur der Beklagte das Gesprochene Wort für Wort auf seine Richtigkeit prüfen; wenn nur die Zeugen, die es beurkunden sollten, es ebenso Wort für Wort in sich aufnehmen konnten. Aber das Gegebene war es doch, daß zwar nicht der Beklagte, wohl aber einer der Zeugen die Wachstafel zur Hand nahm und die verba iudicii, so wie sie vom Kläger vorgesprochen wurden, sogleich niederschrieb. Vollzogen wurde die Urkunde selbstverständlich erst, nachdem die Parteien mit den Zeugen abgetreten waren.

Auf welche Weise der Prätor schließlich dem iudex den Befehl zukommen ließ, in dieser Sache seines Amtes zu walten, kann billig dahingestellt bleiben.

---

sie doch nur von ganz vorübergehender Bedeutung, nur die von weiteren Entscheidungen und Erklärungen bald überholte Entscheidung des Prätors, daß er das von dem Kläger geforderte iudicium unter den von ihm, dem Prätor, damit festgesetzten Bedingungen — in haec verba — bewillige: dieses in dem Sinne, daß er es einzusetzen bereit sei und daß er den Beklagten, wenn nötig, zwingen werde, sich dem unter diesen Bedingungen einzusetzenden iudicium zu unterwerfen. Erst wenn der Beklagte daraufhin sich unterworfen, wenn er das iudicium „angenommen" hatte, dann erst war es an der Zeit, diese über alles wichtige und einschneidende Tatsache, und damit natürlich auch die Bedingungen, unter denen das iudicium bewilligt worden, in einer Urkunde festzulegen, in der zum mindesten gesagt sein mußte, daß apud illum praetorem inter Aulum Agerium et Numerium Negidium iudicium acceptum est in haec verba usw.

Die Gestalt, in der die Formel dem iudex, wie man annehmen darf vom Kläger, vorgelegt wurde, war also allemal die einer Litiskontestationsurkunde.

Darf ich mich nun auch noch zu der viel verhandelten Frage äußern, wie die Unterwerfung des Beklagten unter das einzusetzende iudicium, mit andern Worten, wie die Litiskontestation vor sich gegangen sei, so denke ich mir die Sache so. Nachdem der Prätor die Einsetzung des iudicium bewilligt; nachdem er auch — was zwar nach l. 28 § 4 D. 5. 1 nicht unbedingt erforderlich, aber doch schon deshalb durchaus die Regel war, weil ohne das kein iudicium legitimum sein konnte — einen iudex zur Verfügung gestellt; nachdem auch der Beklagte seine Bereitwilligkeit erklärt hatte: nachdem also, um mit Festus zu reden, iudicium ordinatum, d. h. nachdem man mit allem, was dazu gehörte, im reinen war, erging an die Zeugen, von denen man nicht erwarten konnte, daß sie den Verhandlungen bisher gefolgt waren, der Ruf: testes estote. Und dann ging es zu wie bei einer Stipulation. Denn an eine bloße Erklärung des Klägers nach Art der dotis dictio zu denken berechtigt uns der in den Quellen mehrfach vorkommende Ausdruck iudicium dictare doch wohl nicht. Die sehr viel

größere Rolle, die wir dort den Ausdruck iudicium accipere spielen sehen, verlangt vielmehr, daß wir dem Beklagten Gelegenheit geben, sich ausdrücklich zu erklären: wofür sich schwerlich eine bessere, sicherlich keine römischere Form denken läßt als die der Frage und Antwort. Der Kläger fragte also den Beklagten, ob er das iudicium, so wie der Prätor es bewilligt hatte, annehme, etwa mit den Worten: iudicium accipis in haec verba: L. Titius iudex esto. Si paret usw.? Der Beklagte antwortete: accipio. Dabei sprach der Kläger dem Beklagten die verba iudicii Wort für Wort langsam und deutlich vor. Daher der Ausdruck iudicium dictare. Denn daß es zum Nachschreiben geschehen sei, ist damit nicht notwendig gesagt. Wenn nur der Beklagte das Gesprochene Wort für Wort auf seine Richtigkeit prüfen; wenn nur die Zeugen, die es beurkunden sollten, es ebenso Wort für Wort in sich aufnehmen konnten. Aber das Gegebene war es doch, daß zwar nicht der Beklagte, wohl aber einer der Zeugen die Wachstafel zur Hand nahm und die verba iudicii, so wie sie vom Kläger vorgesprochen wurden, sogleich niederschrieb. Vollzogen wurde die Urkunde selbstverständlich erst, nachdem die Parteien mit den Zeugen abgetreten waren.

Auf welche Weise der Prätor schließlich dem iudex den Befehl zukommen ließ, in dieser Sache seines Amtes zu walten, kann billig dahingestellt bleiben.

XIX.

Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß.

Von

Herrn Professor Dr. **Ernst Levy**
in Frankfurt a. M.

Die mannigfachen Untersuchungen, die der Grundsatz der condemnatio pecuniaria seit der Auffindung des Gaius erfahren hat, zielen vorwiegend darauf ab, die merkwürdige Erscheinung zu erklären, daß im klassischen Zivilprozeß der an einer Sache Berechtigte oder der eine geschuldete Sache Fordernde immer nur ein auf Geld lautendes Urteil erwirken kann und so an Stelle des ihm zustehenden oder gebührenden Sachbesitzes mit der ihm nicht geschuldeten Litisästimation vorliebnehmen muß.[1]) Dieser Leidtragende hat die Blicke der Rechtshistoriker so sehr auf sich gezogen, daß darüber das weitere Schicksal der ihm vorenthaltenen Sache ins Hintertreffen geraten ist. Und doch stellten sich auch hier wichtige Fragen, die die römische Jurisprudenz beachten mußte und einer Lösung zugeführt hat.

Ausgangspunkt ist, daß die streitbefangene Sache dem sie unberechtigt weigernden Beklagten verbleibt. Das ist zugleich das endgültige Ergebnis in allen den Fällen, in denen der Beklagte (ziviler oder prätorischer) Eigentümer der Sache ist und ihre Übereignung dem Kläger aus irgendeinem Grunde schuldet, sei es die erstmalige Übereignung etwa aus Stipulation, Darlehn[2]) oder ungerechtfertigter Bereicherung, Testament oder dotis dictio, Kauf oder Geschäftsführung, sei es die Rückübereignung etwa mittels

---

[1]) Die cond. pecun. gegen den contumax ist nur ein Spiegelbild der ausschließlichen Universalexekution in Person oder Vermögen. Wie diese sich die klassische Zeit hindurch erhalten konnte, das ist der Kern des (hier beiseite zu lassenden) Problems. Über die Anfänge neuerdings vortreffliche Vermutungen bei Koschaker, ZSSt. 37, 355ff.

[2]) Abgesehen natürlich vom Gelddarlehn.

der actio fiduciae oder rei uxoriae, quod metus causa oder de dolo, Pauliana oder Fabiana. Hier wird die dingliche Rechtslage durch den Prozeß überhaupt nicht berührt. Von einer Enteignung des Klägers kann keine Rede sein.

Anders, wenn der Kläger das (zivile oder prätorische) Eigentum[1]) an der Sache hat und nun ihre Herausgabe fordert: sei es im Wege dinglicher Klage (hered. petitio, rei vindicatio, a. Publiciana) oder vordinglichen Rechtsbehelfs (actio ad exhibendum[2]), interdicta quem fundum, quam hereditatem), sei es im Wege persönlicher actio, mag ihr ein Vertrag (actio locati, depositi, commodati, pigneraticia) oder ein Delikt (cond. furtiva, a. rer. amotarum, unter Umständen a. quod metus ca. und a. de dolo) oder ein anderer Tatbestand (actio de recepto) zugrunde liegen. Auch in diesen Fällen ist zwar mit der Verurteilung zur ästimierten Summe der Angriff auf den Sachbesitz[3]) zunächst abgeschlagen: ein erneuter Angriff de eadem re (eodem oder alio modo) wäre aussichtslos. Aber dieser Gesichtspunkt reicht nicht hin, um die Sachlage zu klären.[4]) Nicht bloß konnten dem Kläger noch andere Aktionen zustehen, die durch die erste Streitbefestigung keineswegs nach ius civile konsumiert waren.[5]) Auch ein nachträglicher Verlust des Besitzes an einen Dritten oder den einstigen Kläger selbst machte die Frage nach der dinglichen Zugehörigkeit der Sache brennend, und ganz allgemein erschien es unleidlich, das Gegenüber eines unangreifbaren Nichtberechtigten und eines machtlosen Rechtsinhabers zu verewigen. Eine Entscheidung mußte fallen; sie war an sich in doppelter Richtung möglich.

Stellte man den Gesichtspunkt der Unantastbarkeit

---

[1]) Oder das sonstige zum Besitz berechtigende dingliche Recht als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw.

[2]) Hierzu vgl. Ulp. D. 10, 4, 9, 8 und Beseler I 17f., 31; Lenel, Grünh. Zeitschr. 37, 520 N. 15. S. auch Ulp. D. 43, 5, 3, 12—14.

[3]) Hierunter wird im folgenden das bloße *detinere* regelmäßig mitverstanden.

[4]) Das verkennt Savigny, System V 122 N. c.

[5]) Man denke etwa an: rei vind. + cond. furtiva, a. depositi + rei vindicatio, der gegenüber der renitente Depositar nunmehr ganz gewiß passiv legitimiert war: vgl. unten S. 499 N. 5.

des Eigentums oder die mehrfach wiederkehrende Erwägung[1]) voran: *Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit*, so mußte man dem einstigen Kläger jeden Weg öffnen, der es ihm ermöglichte, das Hindernis der eadem res zu umgehen: hatte ihm das Glück andere, nicht konsumierte Aktionen in die Hand gegeben, so mochte er erneut auf Herausgabe klagen, anderenfalls seine Vindikation in Bereitschaft halten, bis ein Dritter in den Besitz gelangte. Dementsprechend konnte dann der Gegner seine Stellung nicht festigen: er hatte keine Aussicht auf Ersitzung seiner *res quasi furtiva* und hielt sich nur so lange in labilem Gleichgewicht, als ihn nicht ein neuer Angriff oder eine Veränderung der tatsächlichen Besitzlage an den Mangel eigenen Rechtsschutzes erinnerte; ging die Sache irgendwie verloren, so erschien die gezahlte Litisästimation nur noch als Strafe.

Ein solcher Gedankengang wäre zweifellos geeignet gewesen, den bedenklichsten Folgerungen aus dem Prinzip des Geldurteils die Spitze abzubrechen, und gegenüber gewissen, in irgendeiner Hinsicht besonders gelagerten Tatbeständen[2]) haben sich die Römer seiner auch wirklich mehr oder weniger bedient. In der großen Menge der Fälle aber ging das nicht an, wollte man nicht den Zufall zum Herrn über die Geschicke der streitigen Sache berufen. Es erwies sich eben als unmöglich, dem Kläger einen ausreichenden Schutz angedeihen zu lassen, solange man daran festhielt, daß *omnium formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* (Gai. IV 48). An diesem Punkte hätte reformiert werden müssen, wenn man die ferneren Folgen als unhaltbar empfunden hätte. Tat man das nicht, sah sich vielmehr der Kläger, der die Aufnahme einer auf res ipsa lautenden Kondemnation in seine Formel zu betreiben gewagt hätte,

---

[1]) Paul. D. 50, 17, 87; vgl. Paul. D. eod. 86; Paul. D. 46, 2, 29 i. f.

[2]) Nämlich da, wo ein Schwebezustand der geschilderten Art nicht zu befürchten war: so in einigen Fällen, in denen der Beklagte zur Zeit des Urteils nicht mehr den Besitz hatte (Näheres unten S. 504, 505ff.) oder wo der Kläger (wie bei der cond. furtiva: unten S. 490f.) den Schwebezustand (durch Erhebung der Vindikationsklage) wieder beseitigen konnte.

unbedingt einer denegatio actionis ausgesetzt, so rollte sich das weitere Geschehen mit unerbittlicher Notwendigkeit ab. Durch die vereinbarte restitutorische Klagformel[1]) wurde der Beklagte vor die Wahl gestellt, ob er Restitution oder Litisästimation vorziehe. Entschied er sich für die letztere und erging demgemäß das Urteil, so lag darin die Abfindung des Klägers und die Bestätigung des Beklagten in seinem Besitz. Zu diesem Ausspruch mußte sich die Rechtsordnung bekennen, sollten nicht Halbheiten der bezeichneten Art alle Rechtssicherheit untergraben. Das Recht mußte die Sachherrschaft des Verurteilten sanktionieren, da es sie nicht zu stürzen vermochte. Defensiv wurde er dadurch gesichert, daß die Rechtspflegeorgane in Gemäßheit der allgemeinen Konkurrenzgrundsätze auch außerhalb der eadem res eine auf dieselbe Sachherausgabe gerichtete actio vereitelten.[2]) Offensiver Rechtsschutz wurde ihm zuteil, falls die Sache ihm nachträglich wider seinen Willen abhanden kam: sowohl gegenüber jedem Dritten wie gegenüber dem einstigen Kläger selbst. Damit war für die Beurteilung der sachenrechtlichen Lage in jedem Zeitpunkt fester Boden gewonnen und das Gleichgewicht des Beklagten stabilisiert — aber der Kläger war freilich enteignet.

Diese Enteignung ist nun zu schildern nach ihrer juristischen Erfassung und formularen Gestaltung, nach ihren materiellen Voraussetzungen und Schranken. Dabei wird zunächst (unter I) vorwiegend von dem einfachsten und krassesten, auch in der geschichtlichen Entwicklung den Ausgangspunkt bildenden Fall (A) des reus contumax d. h. des im Besitz befindlichen renitenten Beklagten die Rede sein. Das gleiche Problem stellt sich aber — ob auch unter verändertem Gesichtswinkel —, wenn dem Kläger die Sache deshalb vorenthalten bleibt, weil der Beklagte vor Ergehen des Restitutionsbefehls des Besitzes verlustig geworden ist, sei es unfreiwillig aus Fahrlässigkeit oder

[1]) Oder die diesen gleichgestellten Formeln: unten S. 487 N. 5, 6.

[2]) Daneben erscheint eine exceptio (rei quasi venditae et traditae). Über deren Verhältnis zu den Rechtsbehelfen des Konkurrenzrechts siehe einstweilen unten S. 499 f., besonders S. 500 N. 1.

des Eigentums oder die mehrfach wiederkehrende Erwägung[1]) voran: *Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit*, so mußte man dem einstigen Kläger jeden Weg öffnen, der es ihm ermöglichte, das Hindernis der eadem res zu umgehen: hatte ihm das Glück andere, nicht konsumierte Aktionen in die Hand gegeben, so mochte er erneut auf Herausgabe klagen, anderenfalls seine Vindikation in Bereitschaft halten, bis ein Dritter in den Besitz gelangte. Dementsprechend konnte dann der Gegner seine Stellung nicht festigen: er hatte keine Aussicht auf Ersitzung seiner *res quasi furtiva* und hielt sich nur so lange in labilem Gleichgewicht, als ihn nicht ein neuer Angriff oder eine Veränderung der tatsächlichen Besitzlage an den Mangel eigenen Rechtsschutzes erinnerte; ging die Sache irgendwie verloren, so erschien die gezahlte Litisästimation nur noch als Strafe.

Ein solcher Gedankengang wäre zweifellos geeignet gewesen, den bedenklichsten Folgerungen aus dem Prinzip des Geldurteils die Spitze abzubrechen, und gegenüber gewissen, in irgendeiner Hinsicht besonders gelagerten Tatbeständen[2]) haben sich die Römer seiner auch wirklich mehr oder weniger bedient. In der großen Menge der Fälle aber ging das nicht an, wollte man nicht den Zufall zum Herrn über die Geschicke der streitigen Sache berufen. Es erwies sich eben als unmöglich, dem Kläger einen ausreichenden Schutz angedeihen zu lassen, solange man daran festhielt, daß *omnium formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est* (Gai. IV 48). An diesem Punkte hätte reformiert werden müssen, wenn man die ferneren Folgen als unhaltbar empfunden hätte. Tat man das nicht, sah sich vielmehr der Kläger, der die Aufnahme einer auf res ipsa lautenden Kondemnation in seine Formel zu betreiben gewagt hätte,

---

[1]) Paul. D. 50, 17, 87; vgl. Paul. D. eod. 86; Paul. D. 46, 2, 29 i. f.

[2]) Nämlich da, wo ein Schwebezustand der geschilderten Art nicht zu befürchten war: so in einigen Fällen, in denen der Beklagte zur Zeit des Urteils nicht mehr den Besitz hatte (Näheres unten S. 504, 505ff.) oder wo der Kläger (wie bei der cond. furtiva: unten S. 490f.) den Schwebezustand (durch Erhebung der Vindikationsklage) wieder beseitigen konnte.

unbedingt einer denegatio actionis ausgesetzt, so rollte sich das weitere Geschehen mit unerbittlicher Notwendigkeit ab. Durch die vereinbarte restitutorische Klagformel[1]) wurde der Beklagte vor die Wahl gestellt, ob er Restitution oder Litisästimation vorziehe. Entschied er sich für die letztere und erging demgemäß das Urteil, so lag darin die Abfindung des Klägers und die Bestätigung des Beklagten in seinem Besitz. Zu diesem Ausspruch mußte sich die Rechtsordnung bekennen, sollten nicht Halbheiten der bezeichneten Art alle Rechtssicherheit untergraben. Das Recht mußte die Sachherrschaft des Verurteilten sanktionieren, da es sie nicht zu stürzen vermochte. Defensiv wurde er dadurch gesichert, daß die Rechtspflegeorgane in Gemäßheit der allgemeinen Konkurrenzgrundsätze auch außerhalb der eadem res eine auf dieselbe Sachherausgabe gerichtete actio vereitelten.[2]) Offensiver Rechtsschutz wurde ihm zuteil, falls die Sache ihm nachträglich wider seinen Willen abhanden kam: sowohl gegenüber jedem Dritten wie gegenüber dem einstigen Kläger selbst. Damit war für die Beurteilung der sachenrechtlichen Lage in jedem Zeitpunkt fester Boden gewonnen und das Gleichgewicht des Beklagten stabilisiert — aber der Kläger war freilich enteignet.

Diese Enteignung ist nun zu schildern nach ihrer juristischen Erfassung und formularen Gestaltung, nach ihren materiellen Voraussetzungen und Schranken. Dabei wird zunächst (unter I) vorwiegend von dem einfachsten und krassesten, auch in der geschichtlichen Entwicklung den Ausgangspunkt bildenden Fall (A) des reus contumax d. h. des im Besitz befindlichen renitenten Beklagten die Rede sein. Das gleiche Problem stellt sich aber — ob auch unter verändertem Gesichtswinkel —, wenn dem Kläger die Sache deshalb vorenthalten bleibt, weil der Beklagte vor Ergehen des Restitutionsbefehls des Besitzes verlustig geworden ist, sei es unfreiwillig aus Fahrlässigkeit oder

[1]) Oder die diesen gleichgestellten Formeln: unten S. 487 N. 5, 6.

[2]) Daneben erscheint eine exceptio (rei quasi venditae et traditae). Über deren Verhältnis zu den Rechtsbehelfen des Konkurrenzrechts siehe einstweilen unten S. 499 f., besonders S. 500 N. 1.

schuldlos (Fall B)[1]), sei es freiwillig zwecks Schädigung des Klägers (Fall C)[2]). Alle drei Fälle werden unter II einander gegenübergestellt und zu B und C dabei insbesondere gefragt werden, wie sich denn die Rechtslage gestaltet, wenn nach Erlaß des Urteils der einstige Kläger oder der einstige Beklagte wieder in den Besitz der Sache gelangt. — Die Fälle B und C waren im justinianischen Recht ebenso praktisch wie im klassischen. Daß aber die Kompilatoren, die doch längst an die Spezialexekution manu militari gewöhnt sind, auch die Enteignung zugunsten des contumax noch überliefern[3]), nimmt wunder. *Διὰ τί γάρ*, fragt Stephanos[4]) sehr mit Recht, *ἐν ᾧ κοντούμαξ ἐστὶν ὁ τὸ πρᾶγμα ἔχειν ὁμολογῶν . . . . . καὶ μὴ ἀνεχόμενος ἀποκαταστῆσαι, μὴ ἀπαιτεῖται μάνου μιλιταρίᾳ*; Die Lösung steckt nicht etwa darin[5]), daß der Kläger nach wie vor aus eigenem Antrieb der Geldabfindung den Vorzug geben konnte (vgl. §§ 283 BGB., 893 ZPO.): ein solcher Kläger wäre kein Enteigneter. Und wenn Stephanos selbst antwortend sich darauf zurückzieht, daß der contumax die Sache versteckt und so der Realvollstreckung entzogen haben könne, so wäre von dieser Basis aus der contumax schwerlich besser zu behandeln gewesen als der bösliche Entsitzer, dem der Eigentumserwerb versagt wird.[6]) Solchen Ausflüchten gegenüber genügt es, auf den Erlaß des Kaisers Zeno (a. 484) hinzuweisen, nach dem die renitenten ***conductores rerum alienarum . . . . . non solum rem locatam, sed etiam aestimationem eius victrici parti ad similitudinem invasoris alienae possessionis praebere compellantur*** (C. 4, 65, 33 = 8, 4, 10): die Entrichtung der Urteilssumme bedeutet also jetzt Strafzahlung an den Kläger[7]) und nicht mehr seine

---

[1]) Hierzu vorerst unten S. 494 f. (zu c).

[2]) Hierzu vorerst unten S. 493 (zu a).

[3]) Wenn auch nicht immer ohne Verdunkelung: siehe etwa unten S. 492 N. 1, 494 N. 2.

[4]) *Ἐρωταπόκρισις* zu D. 12, 3, 2 (Heimb. II 577 schol. 1).

[5]) Das ist der übliche Ausweg der Harmonistik: z. B. Cujaz zu D. 6, 1, 46 (Opp. VII 315, ed. Mutin.).

[6]) Unten S. 505 ff.

[7]) Vgl. auch Siber, Passivleg. 152 f.

Abfindung. Zeigen die Digesten nichtsdestoweniger eine Enteignung zugunsten des contumax, so ist das nicht byzantinisches Recht, sondern die Spur des klassischen Zustandes, die zu beseitigen man übersah.[1])

I. Causa possessionis.

Wann das Enteignungsprinzip sich durchgesetzt hat, ist aus inneren Gründen mit einiger Wahrscheinlichkeit ungefähr zu bestimmen. Seitdem die lex Julia de vi durch das Verbot bewaffneter Selbsthilfe das Ventil der eigenmächtigen Naturalvollstreckung beträchtlich verengert hatte[2]) und so der loyale Bürger sich regelmäßig auf die condemnatio pecuniaria angewiesen sah[3]), duldete die Ordnung der Rechtsverhältnisse an der Streitsache keinen Aufschub mehr. Die Juristen des Labeonischen Zeitalters haben sich dieser Aufgabe schwerlich versagt. Eine unmittelbare Stütze dafür gewährt die Überlieferung freilich nicht: denn der Fall des Paulus (D. 13, 6, 17, 5), für den Labeo herangezogen wird, setzt eine Verurteilung des Kommodatars gar nicht voraus, Cassius (bei Ulp. D. 12, 7, 2) beschäftigt sich nur mit der Rückgewähr der Litisästimation[4]), und nicht einmal für die Autorschaft des Plautius in Paul. D. 6, 1, 47 läßt sich irgendein Anhalt gewinnen.[5]) Aber bald danach erscheint Neratius mit einem Responsum (D. 16, 3, 30), das den Enteignungsgedanken als selbstverständlich voraussetzt: ***Si fideiussor pro te apud quem depositum est litis aestimatione damnatus sit, rem tuam fieri***, und das ***placuit*** des Pomponius (D. 6, 1, 70) zieht unter präziser Formulierung gewisser Tatumstände, die zusammen-

[1]) Gerade diese Spuren hält Steiner, Datio in solutum 70f. für kompilatorisch!

[2]) Vgl. etwa Girard, ZSSt. 34, 328 Note.

[3]) Siehe schon das bekannte Wort Ciceros de leg. 3, 18, 42.

[4]) Über beide Fragmente unten S. 503f.

[5]) Gar nicht verwertbar ist die Nennung des Sabinus in Urs.-Jul. D. 7, 1, 35, 1, der nur zwecks Auslegung einer testamentarischen Freilassungsanordnung den Empfang der Ästimation der Einräumung des Nießbrauchs gleichsetzt; erst recht nicht das Cassiuszitat in D. 19, 1, 11, 14, weil die duplae stipulatio selbst nur auf Geld gerichtet ist.

wirken müssen, um die Enteignung auszuschließen[1]), anscheinend bereits den Schlußstrich unter ein Stück dogmatischer Entwicklung. Einen wichtigen Fortschritt bringt alsdann Julian[2]): nicht bloß indem er die Lehre durch vielfache Folgerungen für die Praxis befruchtet[3]), sondern vor allem weil er den unmittelbaren Anschluß an das Regelrecht[4]) durch das erlösende Wort findet: *qui litis aestimationem suffert*[5]), *emptoris loco habendus est* (19 dig. D. 25, 2, 22 pr.). Diese Denkform[6]) schlug rasch Wurzel und wurde für die Folgezeit die dogmatische Grundlage: Gai. D. 41, 4, 1; Paul.[7]) D. 25, 2, 9; Ulp. D. 6, 2, 7, 1; 21, 2, 21, 2 i. f.[8]); 27, 9, 3, 2; 41, 4, 3; 42, 4, 15.[9])

Sie hätte schwerlich einen solchen Erfolg gehabt, wenn sie nach Art der älteren deutschen Expropriationstheorie[10]) die Enteignung zu einem Zwangsverkauf d. h. zu einem fingierten Vertrage hätte stempeln wollen. Die Klassiker sind sich von vornherein darüber einig, daß aus der „Kaufähnlichkeit" schuldrechtliche Wirkungen nicht abfließen[11]),

---

[1]) Darüber unten S. 491 ff.

[2]) Von Celsus ist nichts bekannt, wenn, wie wahrscheinlich, in D. 41, 3, 27 der Schlußsatz eine Nachbemerkung Ulpians darstellt.

[3]) 11 dig. D. 13, 7, 28 pr.; 19 dig. D. 25, 2, 22 pr.; 22 dig. in Ulp. D. 6, 2, 7, 1; 43 dig. (?) in Ulp. D. 21, 2, 21, 2 i. f.; 45 dig. (Lenel, Jul. Nr. 617) in Paul. D. 41, 4, 2, 21. Dagegen ist Ulp. D. eod. 3 (Lenel, Ulp. Nr. 1668) ein Zusatz Ulpians zu Jul. dig. 51 in D. 44, 2, 9, 2: vgl. auch Lenel, Jul. Nr. 686.

[4]) Vgl. unten S. 485. [5]) Hierzu unten S. 511 ff.

[6]) Sie darf nicht etwa wegen Ulp. D. 28, 8, 7, 2 auf Labeo zurückgeführt werden. Denn wenn es hier für absurd erklärt wird, *ei, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* so wird damit nicht die Wirkung der Litisästimation der einer Veräußerung angenähert, sondern lediglich das Prozeßführungsrecht als Ausschnitt des allgemeinen Veräußerungsrechtes erkannt: ein Satz, der, nur nicht ganz folgerecht durchgeführt (Wolff, Familienrecht § 51 III), z. B. auch im BGB. § 1380 Satz 2 zur Geltung kommt.

[7]) Vgl. auch D. 47, 2, 85.

[8]) Nur *id est ex litis aestimatione* ist unecht (Eisele, ZSSt. 11, 9 f.); irrig Steiner, Datio in solutum 71.

[9]) Hierzu unten S. 483 N. 1.

[10]) Darüber Gierke, Deutsches Privatrecht II 470.

[11]) Wohl aber wurde die Enteignung Dritten gegenüber wie ein Verkauf behandelt: vgl. etwa Paul. D. 18, 4, 21 gegen Ende (*quid si*

daß namentlich der Kläger mit irgendwelchen Verkäuferverbindlichkeiten nicht belastet wird.[1]) Stand die Sache etwa nicht in seinem Eigentum, so trifft ihn keine Eviktionshaftung: ***sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.***[2]) Entsprechend hat er für Sachmängel nicht einzustehen. Verpflichtet ist er nicht einmal zur Unterlassung erneuten Prozesses: der scheitert nur an den Grundsätzen des Konsumptionsrechts. — Ebensowenig greift die res iudicata gleich einem modernen Enteignungsbeschluß kraft Staatshoheitsrechts in die Eigentumsverhältnisse ein: die Sentenz des iudex privatus ist kein obrigkeitliches Dekret, und den Anschluß an die rechtsgestaltende adiudicatio des Teilungsrichters verschmähte man.[3]) Die condemnatio pe-

---

rem . . . . . . praestare debeo im Kern echt) und die unten S. 500 N. 4—6 angeführten Belege.

[1]) Ulp. D. 42, 4, 15, wo das *rem lite aestimata retinere* mitten unter Tatbeständen erscheint, die auch im Innenverhältnis kaufähnliche Wirkungen hervorrufen, ist interpoliert (Steiner 69ff.; Koschaker, ZSSt. 37, 368), aber nicht in dem von Steiner angenommenen Umfang. Sachliche Gründe bestehen nur gegen die Kaufähnlichkeit der datio in solutum und der onerosen Stipulation. Was Steiner gegen die Klassizität der julianischen Denkform vorbringt, ist unhaltbar. Das störende letzte *qui* erklärt sich besser, wenn die verschiedenen Glieder des *item*-Satzes nicht von derselben (byzantinischen) Hand stammen. Die Kompilatoren hätten wohl eher *litem aestimatam praestitit* geschrieben (siehe unten S. 512f.) und an der Einfügung dieses Tatbestandes überhaupt kein besonderes Interesse gehabt (oben S. 480f.). Also ungefährer Urtext: *Is qui rem permutatam accepit, emptori similis est; item is qui rem lite aestimata retinuit.* Diese Zusammenstellung war im Rahmen der klassischen Erörterung (Lenel, Ulp. Nr. 1901) nicht zu beanstanden.

[2]) Paul. D. 6, 1, 35, 2 (auch von Beseler III 125 nicht beanstandet), ebenso schon Pomp. D. 25, 2, 10. Das ist besonders bemerkenswert, wenn man beobachtet, wie sehr das klassische Recht sonst bestrebt ist, den Stipulationszwang über den Bereich des gewöhnlichen Verkaufs auszudehnen (Rabel, Haftung des Verkäufers 113ff. [abgesehen vom dare in solutum]): vgl. namentlich einerseits Paul. D. 10, 2, 25, 21 und Paul. D. 10, 3, 10, 2, andererseits Paul. D. 24, 1, 36 pr. (dazu unten S. 493 N. 6). Diese Fragmente erbringen einen neuen (vgl. bisher Berger, Teilungsklagen 141; Haymann, ZSSt. 40, 226, 295 N. 1, 309 N. 1) Anhalt dafür, daß die Verallgemeinerung *hi enim demum ad duplae cautionem compelluntur, qui sponte sua distrahunt* (D. 10, 2, 49 init.) ebenso wie ihre redselige Begründung nicht klassisch sein wird.

[3]) Vgl. insbesondere Ulp. D. 6, 2, 7 pr., § 1.

cuniaria wirkt hinsichtlich der eingeklagten Sache lediglich negativ, weil sie von ihr schweigt und damit den Sachberechtigten von der Sachverfolgung ausschließt. Diese Rechtslage leitete zu den altbekannten typischen Fällen der Wehrlosigkeit des quiritischen Eigentümers hinüber und damit zum Ersitzungsgedanken, zur publizianischen Klage.

Denn daß der Verurteilte nicht etwa ziviles Eigentum erwarb, versteht sich.[1]) Für die res mancipi liegt es auf der Hand. Nicht einmal die Voraussetzungen einer Tradition waren erfüllt, weil es regelmäßig[2]) an der vom Kläger ausgehenden Besitzübertragung, ausnahmslos an der iusta causa fehlte. Indessen traten diese beiden Hindernisse auch der Verwendbarkeit der actio Publiciana entgegen, sowohl der ediktalen wie der landläufigeren formulae accommodatae[3]), und so möchte es auf den ersten Blick fast scheinen, als ob die Rekonstruktion des prätorischen Rechtsschutzes hier ebenso im argen liege wie im Falle des Usufruktuars.[4])

---

[1]) Ebenso Mitteis, ZSSt. 33, 206; entgegengesetzt die ältere Doktrin (gl. pertinet ad D. 6, 1, 46, Cujaz ibid., Opp. VII 316) und neuerdings namentlich Siber, Passivlegitimation z. rei vind. 141 ff. Aber Fragmente wie etwa D. 6, 1, 70; 6, 2, 7, 1; eod. 27 i. f.; 41, 4, 1; eod. 2, 21; 47, 2, 85 und vor allem D. 25, 2, 22 pr.; 41, 3, 4, 13; 41, 4, 2, 21 sprechen eine nicht mißzuverstehende Sprache und lassen sich nicht dadurch beseitigen, daß der Kläger hier überall nur publizianischer Besitzer gewesen sei und aus diesem Grunde der Beklagte auch nur in das mindere Recht habe „sukzedieren" (hiergegen unten S. 487 N. 2) können. — D. 6, 1, 46, auf das allein Siber sich beruft, würde nur dann etwas beweisen, wenn *dominium* bloß das quiritische Eigentum bedeuten könnte. Für die Zeit des Paulus steht das Gegenteil fest: Mayer, Z. für gesch. Rechtswissenschaft 8 (1835), 1 ff., besonders 10 ff.; Erman, ZSSt. 11, 257, 260 ff.; Gradenwitz, ZSSt. 12, 134 ff.; Pernice, Labeo (im Gegensatz zur ersten Aufl.) II 1, 423 N. 2, 447 f.: nur so versteht sich auch der Begriff des „duplex dominium" (Gai. I 54, II 40). Um so weniger darf die Ausdrucksweise in D. 13, 6, 5, 1 und D. 16, 3, 30 Bedenken erwecken. — Vgl. ferner unten S. 498 N. 4. — Wegen D. 41, 4, 2, 21 s. unten S. 498 N. 8.

[2]) Anders unter Umständen im Bereich der actiones quod metus causa und de dolo. Bei Miete, Leihe, Verwahrung, aber auch beim pignus (Gai. D. 6, 2, 13, 1: unten S. 485 N. 4) hatte der Kläger hinreichende possessio nicht übertragen.

[3]) Vgl. etwa Lenel, Ed. 167 zu 1 und 3.

[4]) Zu diesem Falle (seit 1911) besonders H. Krüger, Prätorische

So schlimm steht es jedoch nicht. Die dort unhaltbare[1]) Ersitzungsfiktion, dieses Kernstück jeder Publiciana, läßt sich hier aufs beste unterbringen, und die Quellen selbst gewähren eine unschätzbare Handhabe, indem sie an einer Stelle (D. 6, 1, 70) den Rechtsbehelf als quasi Publiciana actio bezeichnen[2]), die einzige Klage dieses Namens, die die Digesten überhaupt kennen.[3]) Einer utilis actio Publiciana bedurfte es deshalb, weil dem von der Musterformel geforderten Traditionswillen (traditus est)[4]) der Traditionswiderwille des enteigneten Klägers durch keinerlei Interpretation gleichzusetzen war.[5]) Dagegen brauchte man um der iusta causa willen den Prätor nicht zu bemühen, weil das formulare *emit* ja selbst ein auswechselbares Glied des Blanketts darstellte. Der Litisästimation als causa possidendi zur Anerkennung zu verhelfen, war Sache der Jurisprudenz. Sie aber schuf weder eine weitere causa possessionis (etwa *pro condemnato*), noch ordnete sie den neuen Fall unter dem Titel *pro suo* ein, sondern sie knüpfte kühn, aber zielbewußt an die Musterrubrik *pro emptore* an. Diesen und keinen anderen Sinn hat der julianische Ausspruch.[6])

Servitut 25, 57 ff.; Rabel, Mél. Girard II 404 ff.; Lenel, ZSSt. 34, 380; Beseler III 171, IV 78 ff.

[1]) Anders jetzt Beseler mit zugegebenermaßen nicht ausreichendem Quellenbeweis. Ebenso schwach sind die inneren Erwägungen. Die lex Scribonia böte nur dann einen genügenden Unterbau, wenn wir von ihr mehr wüßten als die gelegentliche Äußerung des Paulus D. 41, 3, 4, 28 (vgl. etwa Ulp. D. eod. 10, 1 und Girard [5] 373 N. 2). Sie kann sich ebensogut auch auf Nichtservituten (Ususfrukt) erstreckt haben wie auf die Servituten, die als res mancipi vordem ersessen werden konnten (vgl. Lenel, ZSSt. 20, 27), beschränkt gewesen sein.

[2]) Die einzige (siehe sonst unten S. 498 N. 4) andere Stelle, die den Klagnamen erwähnt (D. 6, 2, 7, 1), hat einfach „Publicianam competere“. Dieser abkürzende Ausdruck wird ebensowenig echt sein wie in D. eod. 12, 2 (Liter. bei Rabel, Mél. Girard II 406 N. 2). Vgl. auch Lenel, Ed. 253 f.

[3]) Darauf weist schon Lenel, Beiträge z. K. d. prät. Ed. 24 hin.

[4]) Vgl. auch Gai. D. 6, 2, 13, 1, dessen Schlußsatz (trotz Beseler IV 78) im wesentlichen echt sein dürfte.

[5]) Unzutreffend Perozzi, Istit. I 425 N. 3. — Gerade die brevi manu traditio steht und fällt mit der *voluntas domini* (Gai. D. 41, 1, 9, 5); vgl. auch Cels. D. 21, 2, 62 pr. i. V. m. oben S. 483 N. 2.

[6]) Vgl. insbesondere Jul.-Ulp. D. 6, 2, 7, 1 und des Gaius (D. 41,

Wie danach die actio quasi Publiciana ausgesehen haben mag, dafür fehlt in formaler Hinsicht jeder Anhaltspunkt. Sachlich hätte ein Eingang wie etwa *Si quem hominem A*[us] *A*[us] . . . .[1]) *emit et possedit*[2]), *anno possedisset* . . . . wohl allen Erfordernissen Genüge getan. Ob A[us] A[us] vor seiner Verurteilung bonae oder malae fidei possessor[3]), ob er possessor oder nur detentor[4]) gewesen war, machte nichts aus. Ob dagegen dem Kläger, der über A[us] A[us] obgesiegt hatte, die Sache gehörte, das spielte durchaus die gleiche Rolle wie im publizianischen Regelrecht das Eigentum des Veräußerers. War er nicht dominus ex iure Quiritium, so wurde der Verurteilte dem wahren Eigentümer gegenüber (vor Ablauf der Ersitzungszeit) nicht geschützt. Kannte der Verurteilte den Eigentumsmangel[5])[6]) oder war die streitbefangene Sache furtiva[7]), so begann die Ersitzung überhaupt nicht, und die actio quasi Publiciana griff auch Dritten gegenüber nicht durch. In allen Regelfällen aber

---

4, 1) prägnante Wendung: *possessor, qui litis aestimationem optulit* (hierzu unten S. 512), *pro emptore incipit possidere.*

[1]) Auf die mehr schwierige als sachlich bedeutungsvolle Frage, ob an dieser Stelle die Worte *bona fide* standen (bejahend Lenel, ZSSt. 20, 21ff., Ed. 166, verneinend Pernice, Lab. II 1, 342ff.; Gradenwitz, ZSSt. 12, 136f.; 24, 238 N. 1; Beseler III 197f., IV 87f.), ist hier nicht einzugehen. Vgl. auch unten N. 5.

[2]) Über dieses Erfordernis Näheres unten S. 496ff.

[3]) Vgl. etwa Jul. D. 25, 2, 22 pr. *(movet me, quia dolo adquisiit possessionem)*; Paul. D. 41, 3, 4, 13; 47, 2, 85; s. auch Nerat. D. 16, 3, 30. — Dazu unten S. 505 N. 1.

[4]) In diesem Falle wurde der contumax mit seiner Verurteilung Besitzer: unten S. 498ff.

[5]) Im Zeitpunkt der Verurteilung oder in dem etwa erst späteren (vgl. unten S. 501 ff.) Zeitpunkt des Besitzerwerbs? Die (oben angedeutete) Formel erlaubte, auch wenn sie *bona fide* enthielt (oben N. 1), beide Entscheidungen, und so wird sich die für die formula vulgaris bezeugte Streitfrage (dazu neuerdings einiges bei Beseler III 198; Rabel, Grundzüge 446 N. 1) auch auf das Gebiet der actio utilis verpflanzt haben.

[6]) In der Tatsache, daß er es zur Verurteilung kommen ließ, liegt nicht immer schon ein Argument für seine fides bona: man denke an die Klage des Nichteigentümers aus einem Vertrage (depositum, commodatum).

[7]) Arg. e contr. D. 41, 3, 4, 13; 47, 2, 85.

erwarb der contumax mit seiner Verurteilung[1]) originär Ersitzungsbesitz: von einer Sukzession in die Rechtsstellung des Klägers kann keine Rede sein.[2]) — Neben die actio quasi Publiciana trat folgerecht als Defensivschutz eine exceptio rei quasi venditae et traditae, die in der Überlieferung mehrfach, wenn auch namenlos, begegnet.[3])

Es fragt sich nur, ob nicht auf solche Weise die widersinnige Fiktion des Zwangsverkaufes durch eine Hintertür doch wieder hereingeschlüpft war. Die Lösung dürfte in Folgendem liegen. Sämtliche Aktionen, bei denen das Enteignungsproblem überhaupt praktisch werden konnte[4]), waren — abgesehen von der einzigen und singulären cond. furtiva — entweder mit ausdrücklicher Restitutions- (Exhibitions-) klausel ausgestattet oder doch kraft ihres *reddere*[5]) oder *ex fide bona*[6]) dem Recht der restitutorischen Klagen in gewisser Beziehung unterstellt. In gewisser, d. h. in der Beziehung, daß alle diese Aktionen und nur sie dem iusiurandum in litem offenstanden.[7]) Zwischen der Eidesfähigkeit dieser Judizien und ihrer Enteignungswirkung besteht ein innerer und beweisbarer Zusammenhang. War die Enteignung nur möglich, wo man mit dem i. i. l. das letzte und schärfste Zwangsmittel zur Naturalerfüllung vergebens eingesetzt hatte, so verliert sie manches von ihrer Seltsamkeit — wie denn umgekehrt die Machtstellung des zum Eide zugelassenen Klägers nur durch das Risiko der Enteignung Erklärung und Licht erhält. Zugleich aber sieht man den Weg, auf dem Julian zu der Idee kam, daß *litis aestimatio similis est emptioni*.[8]) Die Schätzung, die

---

[1]) Ob die irrige Annahme des Sachinhabers, er sei verurteilt worden, hinreicht, entschied sich nach der allgemeinen Stellungnahme zum Putativtitel: Ulp. D. 41, 3, 27 i. f. und überhaupt Rabel, Grundzüge 441.

[2]) Anders Siber, Passivlegit. 139ff., im Einklang mit seinem oben S. 484 N. 1 dargelegten Standpunkt.

[3]) An der Namenlosigkeit sind die Byzantiner gewiß nicht unbeteiligt: unten S. 499f.

[4]) Siehe oben S. 477.

[5]) Hierzu Levy, ZSSt. 36, 72ff.

[6]) Hierzu Levy 46ff.

[7]) Levy 66ff., 75, 76 zu 3.

[8]) Von dieser hochklassischen Konstruktion gesondert zu halten ist m. E. die Erinnerung an die Frühzeit des Ästimationsherganges, die wohl bis auf ein den praedes litis et vindiciarum vertraglich ein-

Wie danach die actio quasi Publiciana ausgesehen haben mag, dafür fehlt in formaler Hinsicht jeder Anhaltspunkt. Sachlich hätte ein Eingang wie etwa ***Si quem hominem A^us^ A^us^* . . . .**[1]) ***emit et possedit***[2]), ***anno possedisset*** . . . . wohl allen Erfordernissen Genüge getan. Ob A^us^ A^us^ vor seiner Verurteilung bonae oder malae fidei possessor[3]), ob er possessor oder nur detentor[4]) gewesen war, machte nichts aus. Ob dagegen dem Kläger, der über A^us^ A^us^ obgesiegt hatte, die Sache gehörte, das spielte durchaus die gleiche Rolle wie im publizianischen Regelrecht das Eigentum des Veräußerers. War er nicht dominus ex iure Quiritium, so wurde der Verurteilte dem wahren Eigentümer gegenüber (vor Ablauf der Ersitzungszeit) nicht geschützt. Kannte der Verurteilte den Eigentumsmangel[5])[6]) oder war die streitbefangene Sache furtiva[7]), so begann die Ersitzung überhaupt nicht, und die actio quasi Publiciana griff auch Dritten gegenüber nicht durch. In allen Regelfällen aber

---

4, 1) prägnante Wendung: *possessor, qui litis aestimationem optulit* (hierzu unten S. 512), *pro emptore incipit possidere.*

[1]) Auf die mehr schwierige als sachlich bedeutungsvolle Frage, ob an dieser Stelle die Worte *bona fide* standen (bejahend Lenel, ZSSt. 20, 21ff., Ed. 166, verneinend Pernice, Lab. II 1, 342ff.; Gradenwitz, ZSSt. 12, 136f.; 24, 238 N. 1; Beseler III 197f., IV 87f.), ist hier nicht einzugehen. Vgl. auch unten N. 5.

[2]) Über dieses Erfordernis Näheres unten S. 496ff.

[3]) Vgl. etwa Jul. D. 25, 2, 22 pr. *(movet me, quia dolo adquisiit possessionem)*; Paul. D. 41, 3, 4, 13; 47, 2, 85; s. auch Nerat. D. 16, 3, 30. — Dazu unten S. 505 N. 1.

[4]) In diesem Falle wurde der contumax mit seiner Verurteilung Besitzer: unten S. 498ff.

[5]) Im Zeitpunkt der Verurteilung oder in dem etwa erst späteren (vgl. unten S. 501 ff.) Zeitpunkt des Besitzerwerbs? Die (oben angedeutete) Formel erlaubte, auch wenn sie *bona fide* enthielt (oben N. 1), beide Entscheidungen, und so wird sich die für die formula vulgaris bezeugte Streitfrage (dazu neuerdings einiges bei Beseler III 198; Rabel, Grundzüge 446 N. 1) auch auf das Gebiet der actio utilis verpflanzt haben.

[6]) In der Tatsache, daß er es zur Verurteilung kommen ließ, liegt nicht immer schon ein Argument für seine fides bona: man denke an die Klage des Nichteigentümers aus einem Vertrage (depositum, commodatum).

[7]) Arg. e contr. D. 41, 3, 4, 13; 47, 2, 85.

erwarb der contumax mit seiner Verurteilung[1]) originär Ersitzungsbesitz: von einer Sukzession in die Rechtsstellung des Klägers kann keine Rede sein.[2]) — Neben die actio quasi Publiciana trat folgerecht als Defensivschutz eine exceptio rei quasi venditae et traditae, die in der Überlieferung mehrfach, wenn auch namenlos, begegnet.[3])

Es fragt sich nur, ob nicht auf solche Weise die widersinnige Fiktion des Zwangsverkaufes durch eine Hintertür doch wieder hereingeschlüpft war. Die Lösung dürfte in Folgendem liegen. Sämtliche Aktionen, bei denen das Enteignungsproblem überhaupt praktisch werden konnte[4]), waren — abgesehen von der einzigen und singulären cond. furtiva — entweder mit ausdrücklicher Restitutions- (Exhibitions-) klausel ausgestattet oder doch kraft ihres *reddere*[5]) oder *ex fide bona*[6]) dem Recht der restitutorischen Klagen in gewisser Beziehung unterstellt. In gewisser, d. h. in der Beziehung, daß alle diese Aktionen und nur sie dem iusiurandum in litem offenstanden.[7]) Zwischen der Eidesfähigkeit dieser Judizien und ihrer Enteignungswirkung besteht ein innerer und beweisbarer Zusammenhang. War die Enteignung nur möglich, wo man mit dem i. i. l. das letzte und schärfste Zwangsmittel zur Naturalerfüllung vergebens eingesetzt hatte, so verliert sie manches von ihrer Seltsamkeit — wie denn umgekehrt die Machtstellung des zum Eide zugelassenen Klägers nur durch das Risiko der Enteignung Erklärung und Licht erhält. Zugleich aber sieht man den Weg, auf dem Julian zu der Idee kam, daß *litis aestimatio similis est emptioni*.[8]) Die Schätzung, die

---

[1]) Ob die irrige Annahme des Sachinhabers, er sei verurteilt worden, hinreicht, entschied sich nach der allgemeinen Stellungnahme zum Putativtitel: Ulp. D. 41, 3, 27 i. f. und überhaupt Rabel, Grundzüge 441.

[2]) Anders Siber, Passivlegit. 139ff., im Einklang mit seinem oben S. 484 N. 1 dargelegten Standpunkt.

[3]) An der Namenlosigkeit sind die Byzantiner gewiß nicht unbeteiligt: unten S. 499 f.

[4]) Siehe oben S. 477. [5]) Hierzu Levy, ZSSt. 36, 72ff.

[6]) Hierzu Levy 46ff. [7]) Levy 66ff., 75, 76 zu 3.

[8]) Von dieser hochklassischen Konstruktion gesondert zu halten ist m. E. die Erinnerung an die Frühzeit des Ästimationsherganges, die wohl bis auf ein den praedes litis et vindiciarum vertraglich ein-

der schwörende Kläger ohne oder mit taxatorischer Begrenzung nach seinem freien Ermessen vornahm, bedeutete in erster Linie zwar nur das Zahlungsverlangen einer Partei. Weil jedoch dieses Verlangen die Urteilssumme in bindender Weise bestimmte[1]), enthielt es zugleich eine — modern gesprochen: rechtsgestaltende — Willenserklärung, in der man das fehlende Vertragselement zur Not finden konnte und fand: *transegisse enim cum eo* (= Kläger) *et decidisse videor* (= Beklagter) *eo pretio, quod ipse constituit.*[2])

Die Ausnahme bestätigt die Regel. Die condictio furtiva als dare-Klage gibt, wie alle Kondiktionen[3]), dem Eide keinen Raum.[4]) In der Tat ist der durch sie Verurteilte niemals emptoris loco erachtet worden. Allerdings fehlt es nicht an Enteignungsbelegen, die durch Inskription oder Inhalt den Verurteilten als einen *fur* kennzeichnen. Aber in einigen von ihnen (Pap. D. 6, 1, 63[5])); Paul. D. 41, 3, 4, 13) steht sicher ein Vindikationsprozeß in Frage, in den anderen wird diese Möglichkeit durch nichts ausgeschlossen: weder in Jul. 22 dig. (de furtis) bei Ulp. D. 6, 2, 7, 1[6]) noch in Paul. D. 6, 1, 47[7]) noch in Paul. D. 47, 2, 85[8]) besteht

---

geräumtes Loskaufsrecht zurückführt (Partsch, ZSSt. 31, 439; Sethe-Partsch, Demot. Bürgschaftsurkunden 665 N. 1). An Partsch anknüpfend (vgl. Costa, Profilo stor. del proc. civ. 1918, 27 N. 2) die mir nicht zugängliche Abh. von Betti, Studi sulla litis aestimatio 1915: I. Il litis aestimationem sufferre e il iusiur. in litem.

[1]) Levy 61 ff.

[2]) Paul. D. 6, 1, 46. Die subjektive Stilisierung dieses Satzes paßt zum Vorhergehenden nicht. Wahrscheinlich ist vor ihm etwas weggefallen. Er selbst gibt keinen Anstoß und stammt jedenfalls nicht von Justinian, dessen Rechtssprache *decidere* im Sinne von „vergleichen" fremd ist, vgl. Longo, h. v.; siehe auch Levy, Konk. I 408 N. 2.

[3]) Levy, ZSSt. 36, 68 N. 1. 36 ff.

[4]) Diese Sonderstellung ist im Grunde nur ein Ausdruck der allgemeinen Singularität, daß hier ein *dare oportere* der Rückgewähr des Besitzes dient.

[5]) Hierzu später Miszelle (siehe unten S. 505).

[6]) Anders Lenel, Jul. Nr. 349; aber der Inhalt läßt die Verknüpfung mit D. 13, 1, 14, 1 (siehe gleich im Text) nicht zu.

[7]) Anders zweifelnd Lenel, Paul. Nr. 1241, inhaltlich mit Rücksicht auf D. 47, 2, 9, 1, formal wegen der Inskription (libro XVII ad Plautium). Aber D. 47, 2, 9, 1 beweist das Gegenteil (siehe gleich im Text),

für die cond. furtiva irgendein besonderer Anhalt. Wo diese wirklich erscheint, wird die Enteignungswirkung deutlich abgelehnt:

1. Wie später zu zeigen[1]), gehen der Enteignungswirkung in dem Fall, daß der Verurteilte sich nicht im Besitz befindet, Kautionen parallel, mittels derer der Kläger dem Beklagten künftige Klagabtretung oder Sachherausgabe verspricht. Auf diese Kautionen in erster Linie bezieht sich, was Julian in D. 13, 1, 14, 1 allgemein erklärt: *cavere autem ex hac actione* (scil. cond. furtiva) *petitor ei cum quo agitur non debebit.*[2]) So wird mit dem Kautionszwang die Enteignung selbst verneint.

2. Noch bedeutungsvoller ist Pomp. D. 47, 2, 9, 1. Die genauere Erörterung dieser einzigen und im Kern größtenteils echten Nachricht über die Konkurrenz von cond. furtiva und rei vindicatio muß anderer Stelle vorbehalten werden.[3]) Hier kann es sich nur darum handeln, den klassischen Gehalt des durch Tilgungen verderbten Schlußsatzes in aller Kürze wiederzugeben. Hat der aus der condictio verurteilte Dieb die Ästimation gezahlt, so würde seine nochmalige Belangung durch Vindikation nach allgemeinem Konkurrenzrecht zu deren Abweisung officio iudicis führen müssen (*absolvat*).[4]) Das aber hätte, weil der Dieb mit

---

und die Inskription dürfte ebensowenig intakt sein wie in D. 6, 1, 46 (siehe unten S. 493 N. 2). Richtig VII ad Plautium (de furtis)?

[8]) Vgl. die Parallele mit D. 41, 3, 4, 13.

[1]) Vgl. D. 6, 1, 69; 13, 6, 13 pr. (unten S. 503, 506ff. und sonst).

[2]) Hier lediglich an die stipulatio duplae zu denken (so Kyrill, adhl. Heimb. V 440 schol. 1, Glosse gl. non debebit i. f.), erlaubt weder das allgemeine *cavere* noch die besondere Hervorhebung *ex hac actione*; denn Eviktionshaftung trifft den Kläger ja nirgends (oben S. 483 N. 2). Zutreffend der Anonymos, schol. 4 init. a. a. O., vor allem aber Stephanos, schol. 4 i. f. a. a. O. und in seiner ausführlichen παραγραφή zu D. 13, 6, 5, 1 (Heimb. II 6), wo das Zitat Ulp. D. 13, 6, 14 statt Jul. D. 13, 1, 14 auf offenbarem Versehen beruht; auch am Schluß (zu D. 25, 2, 22) muß es Julian statt Ulpian heißen.

[3]) Konkurrenz II (§ 94).

[4]) Dazu reichte nach Konkurrenzrecht sogar schon die bloße Streitbefestigung über die Kondiktion hin. Aber zur Erwägung der eventuellen Enteignung mußte ferner das *damnatus* unterstellt werden. Das *l. aesti-*

dem bloßen *pretium iustum* den Ersitzungsbesitz nicht erwerben konnte[1]), jene unerträgliche Diskrepanz zwischen Rechtsschutz und dinglicher Rechtslage im Gefolge gehabt, von der eingangs[2]) die Rede gewesen ist. Ihr zu entrinnen wird dem Bestohlenen (*magis placet*) die Befugnis gegeben, durch Rückzahlung des Empfangenen die Absolution abzuwenden und nun im Vindikationsprozeß entweder Naturalrestitution oder die beschworene Ästimation zu erlangen. Wenn somit wider die Regeln des Konkurrenzrechts das Ergebnis des abgeschlossenen Kondiktionenprozesses zum Provisorium herabgedrückt und die definitive Lösung der Vindikation vorbehalten wird, so kann deren Bevorzugung gar keinen anderen Grund haben als den, der von Pomponius selbst ja deutlich genug genannt wird: die Eignung der Vindikation zum iusiurandum und damit die Aussicht, durch Enteignung des Klägers Rechtsschutz und dingliche Rechtslage wieder in Einklang zu bringen. Hätte schon das Kondiktionenverfahren den Dieb zum dinglich geschützten quasi emptor gemacht, so wäre das ebenso umständliche wie abnorme Hin und Her, das der Klassiker empfiehlt, schlechthin unbegreiflich. Jeden letzten Zweifel beseitigt die Gegenüberstellung mit Jul. D. 25, 2, 22 pr., dessen Schlußsatz genau dieselbe Sachlage behandelt wie der des Pomponius mit der einzigen Abweichung, daß bei Julian nicht die cond. furtiva, sondern die a. rerum amotarum in Frage steht.[3]) Die enge Verwandtschaft zwischen diesen beiden Aktionen[4]) ließe ein gleiches Ergebnis erwarten. Aber ganz im Gegenteil: von einer Rückgängigmachung der Folgen der durchgeführten a. rer. amotarum

mationem sustulerit endlich erwähnt Pomponius deshalb, um von deren Rückerstattung die Ausübung des ius variandi abhängig zu machen. Das alles hat also seinen guten Sinn.

[1]) Pomp. D. 6, 1, 70 (siehe alsbald im Text).

[2]) S. 478f.

[3]) Die Verbindung beider Stellen wird noch fester, wenn man das fr. 9 nach Lenels (Pal. II 105 N. 1) trefflichem Vorschlag inskribiert: Pomp. XVI (statt VI) Sab. = de rebus amotis. — Näheres zu fr. 22 m. Konkurrenz II (§ 163), siehe auch unten S. 500 N. 1.

[4]) Levy, Privatstrafe 114ff.

verlautet nichts, und die Folgen selbst bestehen darin, daß die diebische Frau defensiv und offensiv dinglich geschützt ist und insbesondere die Vindikation, ohne daß dem bestohlenen Ehemann ein ius variandi zukäme, schlechthin an der exceptio (rei quasi vend. et trad.)[1]) d. h. an seiner Enteignung scheitert. Die Gegensätzlichkeit des Resultates der gleichzeitigen Juristen ist mit einer selten möglichen Exaktheit auf den einzigen Differenzpunkt zurückzuführen, daß die eine der beiden mit der Vindikation konkurrierenden Aktionen dem iusiur. in litem zugänglich (Pomp. D. 25, 2, 8, 1; eod. 10)[2]), die andere dagegen auf die nicht beschworene (iusta) aestimatio angewiesen ist.

3. Aber noch weiter hilft die Überlieferung. Was für die Ehegattenklage eben gefolgert wurde, sagt unmittelbar die Begründung, die, aus dem Pauluskommentar zur a. rerum amotarum (37 ed.) entnommen, zwischen den ebengenannten Pomponiusstücken an rechter Stelle in der Kompilation erscheint:

> D. 25, 2, 9 (Lenel, Paul. Nr. 551): non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere.[3])

Damit hat man von jeher und mit Fug die Äußerung des Pomponius zusammengestellt[4]):

> Pomp. 29 Sab. (Lenel Nr. 740) D. 6, 1, 70: Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit[5]), ne in potestate cuiusque sit (c:) per rapinam (b:) ab invito domino rem (a:) iusto pretio comparare.

Aber der klassische Zusammenhang dieses Fragments ist unbeachtet geblieben, weil man sich allzu vertrauensvoll auf die kompilatorische Anknüpfung an Paul. D. eod. 69 verließ und so das *ei* des Pomponius auf des Paulus *is qui dolo fecit quo minus possideret* bezog. Diese Beziehung ist

---

[1]) Vgl. unten S. 499 f. [2]) Levy, ZSSt. 36, 76 f.

[3]) Das invitum (quasi) vendere d. h. die Enteignung wird also abgelehnt, falls die Ästimation das objektiv geschätzte *quanti ea res fuit (est, erit)* nicht überschreiten darf.

[4]) Dazu auch Levy, Z.S.St. 36, 68.

[5]) Vgl. oben S. 481 f.



für das klassische Recht[1]) ausgeschlossen. Denn von dem böslichen Entsitzer bei der a. ad exhibendum oder rei vindicatio[2]) verstanden, der ganz ebenso wie der contumax das i. i. l. sich gefallen lassen muß, wäre die auf das iustum pretium invito domino abstellende Begründung ein Lufthieb. In Wahrheit geht das *ei* auf den Dieb, der mittels condictio furtiva verurteilt ist. Denn es gibt, wie eben[3]) dargelegt, keine andere auf Herausgabe von Sachen des Klägers gerichtete actio, bei der ohne dessen Zustimmung der renitente Beklagte mit der iusta aestimatio davonkäme. Nur bei der condictio furtiva können[4]) sämtliche drei Tatbestandsmerkmale des Pomponius (a, b, c) zusammentreffen, die erforderlich sind, um einem verurteilten Besitzer[5]) die actio quasi Publiciana zu versagen.[6])

Die Inskription spricht nicht dawider, wohl aber unterstreicht sie die grundsätzliche Bedeutung des an sich schon allgemein redenden (*cuiusque*) Finalsatzes. Pomponius han-

[1]) Anders für die Kompilation; vgl. auch unten S. 494 N. 2.

[2]) Siehe unten S. 507 N. 1. [3]) S. 487f.

[4]) Nicht: müssen. Hat der Dieb die Sache fahrlässig oder unverschuldet verloren, so liegt keine rapina vor. Auch hätte bei solchem Tatbestande selbst in einem anderen iudicium der Kläger ja nicht schwören können. Und so wäre zu erwägen gewesen, ob man nicht diesem Diebe Kautionen, Zessionen und in deren Verfolg letztlich die a. quasi Publ. hätte gewähren sollen. Aber man zog diese Folgerung nicht (D. 13, 1, 14, 1 und unten Note 6). Sicherlich nicht bloß wegen der prozessualen Enge der condictio, sondern auch, weil sie im Regelfalle (der Kontumaz) zur Enteignung nicht führte. Schließlich auch wohl *odio furum:* es ist ein Unterschied, ob der Dieb an dem allgemeinen Recht eines jeden Vindikationsbeklagten teilnimmt oder ob er (bei der condictio) als Dieb Rechtswohltaten empfangen soll.

[5]) Oder Detentor. Gegensatz: Nichtbesitzer (unten S. 502ff., 505ff.).

[6]) Übrigens weist das *nec — quidem* (= *et ne — quidem:* nicht beachtet von VIR. IV 55, 30; 63, 15) ganz ebenso wie das *quoque* in D. eod. 69 deutlich darauf hin, daß Pomponius hier auch die parallelen Rechtsbehelfe (Zessionen und Kautionen) dem kondiktionsbelangten Dieb abgesprochen hatte — und zwar wahrscheinlich sowohl dem nichtdolosen wie dem dolosen Entsitzer (vgl. D. 13, 1, 14, 1). Hatte er zuletzt von dem dolosen gesprochen, dem schon aus allgemeinen Gründen jene Rechtsbehelfe abgingen (unten S. 505ff.), so gewinnt nun erst die in *nec — quidem* liegende Steigerung den rechten Ton.

delt hier im 29. Buch ad Sabinum ebenso wie Paulus im 13. und Ulpian im 51. Buche *de iudiciis*[1]) und damit ex professo vom iusiurandum in litem (vgl. auch Pomp. D. 26, 9, 1; Paul. D. 12, 3, 2; Ulp. D. 6, 1, 68; 12, 3, 1), insbesondere von der Enteignung des Klägers (vgl. auch Paul. D. 6, 1, 46[2]); eod. 69; eod. 71). Da darf man erwarten, daß er seine Tatbestandsmerkmale (a, b, c) nicht leichthin kumuliert, sondern — vom Besitzmoment abgesehen[3]) — die dingliche Klage jedem Verurteilten grundsätzlich[4]) zugestanden hat, falls auch nur eines von ihnen fehlte. Das wird kurz nachzuprüfen und dabei zu beobachten sein, wie weit es die (doch wohl noch) vorjulianische Theorie mit der Herausarbeitung der Enteignungsvoraussetzungen schon gebracht hatte.

Zu a. Erhält der Kläger die Sache *per rapinam* des Beklagten nicht heraus und gibt er sich auch nicht freiwillig (*invito domino*) mit der Verurteilung auf die *iusta aestimatio* zufrieden, erwirkt er vielmehr ein Urteil auf die beschworene Summe, so wird der Verurteilte *emptoris loco*; das i. i. l. bietet den Ausgleich für die rapina. Hierher gehören die Fälle der contumacia und teilweise[5]) der böslichen Entsitzung.

Zu b. Erhält der Kläger die Sache *per rapinam* (contumacia, dolus) des Beklagten nicht heraus, gibt er sich aber mit der Verurteilung auf die *iusta aestimatio* freiwillig zufrieden[6]), so wird der Verurteilte gleichfalls *emptoris loco*;

---

[1]) Lenel, Sabinussystem 81 ff.; Levy, ZSSt. 36, 69f.

[2]) Höchstwahrscheinlich XIII statt X inskribiert: Lenel, Pal. I 1282 N. 4; Siber, Pass. 140; P. Krüger.

[3]) Auf dieses (unten S. 496 ff.) brauchte Pomponius bei seiner negativen Formulierung nicht einzugehen; siehe überdies oben S. 492 N. 6.

[4]) Ausnahme oben S. 492 N. 4.

[5]) Hierzu unten S. 505 ff.

[6]) Ein anderes bezeichnendes Beispiel bietet Paul. D. 24, 1, 36 pr. aus der Schenkung zwischen Ehegatten. Hier fehlt es nur an der rechtlichen Anerkennung des Übereignungswillens und deshalb an der iusta causa possidendi (Paul. D. 41, 6, 1, 2; vgl. auch Paul. D. 24, 1, 26 pr.; Rabel, Grundzüge 440), nicht aber an dem Übereignungswillen selbst. Deshalb weigert der mit der Vindikation belangte Gatte die Herausgabe zwar ohne Grund und Erfolg, aber doch nicht *invito*, sondern *volente et*

denn nicht *invito domino*[1]) ist er mit der objektiven Ästimation davongekommen. Entscheidend ist also nicht der Schwur, sondern die Schwurmöglichkeit des Klägers. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so *mos ei gerendus est* (Paul. D. eod. 71): die Enteignung soll das nicht hemmen.[2])

Zu c. Erhält der Kläger die Sache nicht heraus und muß er sich wider Willen (*invito domino*) mit dem Urteil auf das *iustum pretium* zufrieden geben, weil die Herausgabe durch bloß fahrlässigen oder zufälligen Besitzverlust des Beklagten (also nicht *per rapinam*) vereitelt ist, dann tritt der Verurteilte ebenfalls *emptoris loco*. Dieser Fall scheint am weitesten vom Prinzip abzuliegen. Denn so sehr es auch der Billigkeit entsprach, den Kommodatar, der kulpos oder schuldlos die Sache verloren hatte, oder den Vindikationsbeklagten, dem post litem contestatam der servus custodiendus geflohen war, in sachenrechtlicher Hinsicht nicht schlechter zu stellen als den Renitenten oder Dolosen,

---

concedente domino (Pomp. D. 41, 7, 5 pr.), und so verfällt er lediglich der iusta aestimatio, welche ganz im Einklang mit D. 6, 1, 70 hinreicht, ihn emptoris loco zu versetzen. Der ursprüngliche Veräußerungswille des Schenkers wirkt ferner sogar darin nach, daß er nunmehr Eviktionskaution zu leisten hat (vgl. oben S. 483 N. 2). — Das *causam possidendi donatio praestitit* in fr. 36 pr. weist nicht etwa technisch auf eine iusta causa (pro donato); siehe auch Pernice, Labeo II 1, 411 N. 2.

1) Vgl. auch Paul. D. 25, 2, 9.

2) Dieser zweifellose und praktisch bedeutsame Nebensinn des fr. 71 wird verdunkelt, wenn man das Fragment nur von dem dinglich oder vordinglich belangten böslichen Entsitzer, also von einem Falle versteht, in dem eine Enteignung gar nicht in Betracht kam (unten S. 505ff.). In Wahrheit sind die Worte *possessor — vero* von den Kompilatoren eingefügt (vgl. Levy, ZSSt. 36, 67 N. 4), um den Satz, der sich ursprünglich an D. 12, 3, 2 unmittelbar anschloß (Lenel, Paul. Nr. 1858) und also auf den contumax mitbezog, zu einem selbständigen Fragment zu machen und ihn ebenso wie fr. 70 (oben S. 492 N. 1) auf den allein praktisch gebliebenen (oben S. 480) Fall des Entsitzers zu beschränken. Inkorrekt ist *quo minus possideret* weggelassen, wenig präzis das gräzisierende *quidem — vero*, merkwürdig das in D. 12, 3, 2 absichtlich vermiedene *possessor*. Freilich ist auch D. 12, 3, 2 überarbeitet, aber schwerlich tutto tribonianeo (Biondi, Act. arbitr. I 198 N. 3): *veluti — exhibentis*[2] kann ergänzendes oder verkürzendes Glossem sein.

so wenig sieht man hier jenes Verständigungsminimum, das im Falle des i. i. l. die Annahme einer Art Verkäuferwillens ermöglichte.[1]) — Indessen bedarf es hier der gebrechlichen Krücke des Schätzungseides nicht. Denn der Judex spricht die kondemnierende Sentenz überhaupt nicht aus, ehe der Kläger dem Beklagten die auf die Streitsache bezüglichen Aktionen abtritt oder gewisse Kautionen leistet, in jedem Falle also mit dem Beklagten einen Vertrag schließt, der zumindest die Zustimmung zu dessen künftigem Wiederbesitz enthält.[2]) Erlangte der Verurteilte dann später den Besitz zurück, so muß er (mit noch besserem Rechte als der contumax) als pro emptore possidens erachtet worden sein.[3]) — Gerade in unserem Falle c ist der Belangte nach römischem Muster ja noch im heutigen deutschen Recht nur gegen Abtretung der dem Kläger zustehenden Ansprüche zum Ersatz verpflichtet (BGB. § 255), und die wohl noch herrschende Lehre baut die Abtretung sogar zur vollen Sachübereignung (nach § 931) aus.[4]) Während aber diese moderne Enteignung derivativ erfolgen und sich mit der Abtretung sofort vollenden würde, begnügen die Römer sich mit der Inaussichtstellung des Ersitzungsbesitzes, weil sie an die zivile Übereignung größere Anforderungen stellen und insbesondere zu einer Zession materieller Rechte nicht gelangt sind.[5]) Damit gewinnen ihre Sätze stellenweise[6]) eine Elastizität, die jener heutigen Enteignungslehre abgeht.

---

[1]) Siehe oben S. 488. [2]) Näheres unten S. 501 ff.

[3]) Daß die die Denkform des Kaufes verwendenden Stellen (siehe oben S. 482) nur den nächstliegenden Fall des (besitzenden) contumax im Sinne haben, erklärt sich ohne weiteres daraus, daß der bloße Besitztitel ohne hinzutretenden Besitz einen unfertigen Tatbestand darstellt, der für sich allein Rechtswirkungen nicht äußert. Immerhin schließt das julianische *qui l. aestimationem suffert, emptoris loco habendus est* (D. 25, 2, 22 pr.; vgl. auch D. 6, 2, 7, 1) den (nichtdolosen) Entsitzer nicht aus, und selbst Gai. D. 41, 4, 1 läßt sich auf späteren Wiedererwerb des Besitzes allenfalls mitbeziehen.

[4]) Schwerlich mit Recht; vgl. die vortrefflichen Erwägungen bei Siber-Planck 113 (zu § 255 BGB.).

[5]) Siehe unten S. 502.

[6]) Siehe unten S. 504 und später Miszelle (unten S. 505).

II. Possessio.

Ulp. D. 6, 2, 7, 16[1]): Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empta eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit.[2])

Setzt man, wie nach dem Vorangegangenen erforderlich, in diesem das publizianische Regelrecht betreffenden Grundsatz an Stelle des Kaufvertrages die Verurteilung, an Stelle der Tradition den Besitz des Beklagten (*eo nomine possederit*) ein, so ergibt sich, daß die Verurteilung allein nicht hinreicht, sondern zu ihr der Besitz des Verurteilten hinzutreten muß, um seine dingliche Rechtsstellung zu begründen. Das findet unmittelbare Bestätigung durch zwei in der Kompilation und byzantinischen Theorie[3]) eng verbundene, aber auch für das klassische Recht dem Sinne nach zweifellos zusammengehörige[4]) Paulusstellen:

D. 6, 1, 46[5]): Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium[6]) statim ad possessorem pertinet: . . . . .[7])

[1]) Das Fragment ist echt: vgl. auch Pringsheim, Kauf mit fremdem Geld 75 N. 3, anders Beseler III 197f., IV 87.

[2]) Vgl. auch Nerat. D. eod. 17 i. f.; Ulp. D. eod. 9, 1. 2. 4; Paul. D. eod. 12, 7.

[3]) Stephanos, Index zu D. 6, 1, 46. 47 (Zach. suppl. p. 25 schol. 120) und Paragr. zu D. 13, 6, 5, 1 (Heimb. II 6); Anonymos, Paragr. zu D. 16, 3, 30 (Heimb. II 57) und D. 25, 2, 22 pr. (Heimb. III 308). — Die Byzantiner werden nicht müde, den Unterschied zwischen der in dem emptoris loco haberi liegenden Enteignungsanwartschaft und der Enteignung selbst immer wieder zu betonen. So der Anon. in der letztgenannten Stelle: *βλέπε δέ, πῶς εἶπεν, ἀγοραστὴν καὶ οὐ δεσπότην μιμεῖσθαι τὸν δόντα τὴν ἀποτίμησιν· τότε γὰρ γίνεται δεσπότης, ὅτε πάρεστι καὶ ὑπὸ τὴν αὐτοῦ τυγχάνει νομήν;* Stephanos zu D. 13, 6, 5, 1 a. a. O.: *οὕτω οὐ γίνεται δεσπότης διὰ τὴν τοῦ τιμήματος προσφοράν, εἰ μὴ ἐν κατοχῇ τυγχάνων τοῦ πράγματος τὸ τίμημα καταβέβληκεν.* Vgl. ferner Stephanos, Paragr. zu D. 13, 6, 13 pr. (Heimb. II 15f.), zu D. eod. 17, 5 (Heimb. II 18), zu D. 16, 3, 30 (Heimb. II 57).

[4]) Vgl. Lenel, Paul. Nr. 1241.

[5]) Zum klassischen Zusammenhang oben S. 493 N. 2.

[6]) Vgl. oben S. 484 N. 1.

[7]) Zum Schlußsatz oben S. 488 N. 2.

Schon hier liegt der Ton auf dem *statim*, das die sofortige Enteignung (nicht etwa bloß das *emptoris loco esse*) feststellt, wofern der Verurteilte *possessor*, also contumax ist.[1]) Während Paulus aber hier von den anderen Fällen gar nicht gehandelt zu haben scheint, hebt er in D. 6, 1, 47 in präziser Distinktion zugleich den Gegensatz hervor:

> Haec si res praesens sit: si absens, tunc cum possessionem eius [possessor][2]) nactus sit ex voluntate actoris: . . . .[3])

Auch diese Äußerung trägt sichtlich allgemeinen Charakter[4]): Nur zugunsten des contumax tritt die Enteignung mit dem Moment des Urteils ein; der verurteilte Entsitzer erwirbt das (prätorische) Eigentum erst dann, wenn ihm der Besitz nachträglich[5]) und zwar *ex voluntate actoris*[6])

---

[1]) Nur die sofortige Enteignung, nicht die Enteignung überhaupt verneint Paulus also für die Fälle, in denen der Kläger nicht geschworen hat, d. h. für den Prozeß mit dem nichtböslichen Entsitzer.

[2]) Mit diesem unlogischen Subjekt hat wohl erst der Exzerptor den Satz ausgestattet.

[3]) Zum Schlußsatz unten S. 503 N. 3, 507 N. 5.

[4]) Das ergibt sich aus der abstrakten Formulierung, insbesondere aus dem die vielfachsten Möglichkeiten umfassenden ex voluntate actoris. (Die oben S. 488 N. 7 vermutete Inskription spricht nicht dagegen.) Zweifelhaft ist nur, ob Paulus den absens-Fall bloß von dem böslichen oder auch vom nichtböslichen Entsitzer verstanden hat. Für das erstere spräche, daß, wenn man die Verknüpfung mit fr. 46 ganz genau nähme, auch fr. 47 eine Eidesleistung voraussetzte, der ja nur der dolo d. p. ausgesetzt ist; für das letztere fiele sehr stark der Schluß des fr. 47 ins Gewicht, wenn er für echt genommen werden könnte (unten S. 503 N. 3, 507 N. 5). Zugunsten der letzteren (weiteren) Auslegung entscheidet m. E. der Gesichtspunkt, daß, vom böslichen Entsitzer allein verstanden, das *ex voluntate actoris* nur für Vertragsjudizien praktische Bedeutung hätte gewinnen können (D. 42, 1, 12 i. Ggs. zu D. 6, 1, 69: siehe unten S. 506 ff.), an diese Judizien aber — nach der Diktion des Paulus — hier offenbar nicht in erster Linie gedacht ist. Aus dem *aestimari a iudice* ist nichts zu entnehmen (vgl. unten S. 512 N. 1 gegenüber Vangerow, Pand. I [7] § 332 S. 649; Wetzell, Vindikationsprozeß 229). — Die Byzantiner bedienen sich des fr. 47 als einer für das ganze Rechtsgebiet maßgeblichen Grundregel: vgl. die Mehrzahl der oben S. 496 N. 3 zitierten Stellen.

[5]) Der verlorene Besitz reicht nicht aus, weil er nicht *ex causa litis aestimatae* erlangt war; das verträgt sich mit der oben S. 486 vermuteten Formel ebensogut wie die Folgerungen der Fragmente oben S. 496 N. 2 mit der formula vulgaris.

[6]) Über dieses Erfordernis etwa unten S. 502, 507 N. 7.

wieder zukommt. Diese Regel ist nun an den drei Grundfällen[1]) getrennt zu erhärten.

A. Contumacia.

Weigert der Beklagte die Restitution der in seiner Hand befindlichen Sache und wird er dieserhalb auf den Betrag *quanti in litem actor iuraverit* (D. 6, 1, 46) oder *quanti res sit* (D. eod. 71) verurteilt, so vereinigt er in sich possessio und iusta causa[2]), und es steht ihm daher bei nachträglichem Besitzverlust die a. quasi Publiciana, bei fortdauerndem Besitz gegenüber der rei vindicatio die exc. (rei quasi venditae et traditae)[3]) zu Gebote. Von der actio quasi Publiciana des im dinglichen Rechtsstreit verurteilten Besitzers sprechen mehr oder weniger ausdrücklich[4]): allgemein (per in rem actionem)[5]) Paul. D. 6, 1, 46; zur hered. petitio Gai. (Lenel Nr. 141) D. 41, 4, 1; zur rei vindicatio Jul. 22 dig.[6]) in Ulp. D. 6, 2, 7, 1 (vgl. auch Paul. D. 6, 1, 35, 2) und besonders Paul. D. 41, 4, 2, 21, wo der Ersitzungsbesitzer a non domino durch die Litisästimation[7]) gegenüber dem vindizierenden dominus zum Ersitzungsbesitzer a domino aufrückt (*ait Iulianus causam possessionis mutari ei*)[8]), sowie Paul. D. 41, 3, 4, 13 und Paul. D. 47, 2, 85,

---

[1]) Siehe oben S. 479f.

[2]) Eventuell nötiger guter Glaube und Ersitzungsfähigkeit (oben S. 486 N. 5—7) werden im folgenden unterstellt.

[3]) Vgl. oben S. 487 N. 3.

[4]) Daß ihr Name so selten genannt (D. 6, 1, 70) und von den im folgenden angef. Fragmenten nur in D. 6, 2, 7, 1 angedeutet (vgl. oben S. 485 N. 2) wird, wo Ulpian sich im Kommentar de Publ. in rem actione befindet, erklärt sich daraus, daß es den Juristen meist darauf ankam, die normale Rechtsstellung des verurteilten contumax zu umschreiben, während die a. quasi Publiciana ein weiteres komplizierendes Moment, den nachträglichen Besitzverlust voraussetzt. Auch ist es ihnen häufig (so namentlich in D. 6, 1, 46, aber auch in D. 13, 6, 5, 1 und D. 16, 3, 30) sichtlich um das materielle Endergebnis, die Enteignung zu tun. — Vgl. dazu die übrigen oben S. 484 N. 1 genannten Stellen.

[5]) An das Urteil im dinglichen Prozeß denken gewiß auch die unbestimmteren Äußerungen Ulpians in D. 6, 2, 7, 1 und D. 41, 3, 27 i. f.

[6]) Vgl. oben S. 488 N. 6.

[7]) Hierzu unten S. 511ff.

[8]) Wie die emptio und die quasi emptio, so wirkt in gleicher Weise (*idemque* . . . . .) — sagt Julian-Paulus fortfahrend — die Schenkung

wo sich die furtiva causa in eine iusta causa pro emptore „verwandelt". In ganz derselben Rechtslage befindet sich die diebische Frau, die als Besitzerin[1]) auf die actio rerum amotarum verurteilt worden ist: Jul. D. 25, 2, 22 pr. (*in rem actio ei danda est*). Aber auch der renitente Vertragsbeklagte (Depositar: Nerat. D. 16, 3, 30; Kommodatar: Ulp. D. 13, 6, 5, 1) erhält die quasi Publiciana (*rem tuam fieri; rem offerentis facit*)[2]), wiewohl er bis zur Verurteilung bloßer Detentor war. Denn nicht er selbst, sondern der Geschworene durch die Litisästimation hat das *causam possessionis mutare* herbeigeführt oder — korrekter[3]) — das *detinere* zum *possidere* gesteigert. Auch dies entspricht dem publizianischen Regelrecht.[4])

Der exc. (rei quasi vend. et trad.) bedarf der Verurteilte nicht, insoweit er gegen den neuen Angriff schon durch die Regeln der zivilen (eadem res) oder judizialen Konsumption geschützt ist. Darauf geht es offenbar zurück, daß diese exceptio in den Fällen, in denen der nunmehrige Vindikant mit dem Kläger im ersten Prozeß identisch ist[5]), anscheinend nur ein einziges Mal (Jul. D. 25, 2,

der Sache (nicht der Ästimation, wie Schloßmann, ZSSt. 24, 40 meint) seitens des dominus an den Ersitzungsbesitzer; daran ist nichts zu beanstanden. Dagegen schlägt Siber, Pass. 140 zwecks Stützung seiner oben S. 484 N. 1 erwähnten Lehre zu lesen vor: *idemque esse* ⟨*ac*⟩ *si dominus* . . . . . [*donasset,*] ⟨*mancipasset*⟩. Das ist unhaltbar: a) die mancipatio als solche braucht die causa possessionis nicht zu berühren; b) die mancipatio hätte ziviles Eigentum übertragen und so die usucapio hinfällig gemacht, aber nicht verstärkt; c) warum sollte Trib. hier nicht wie sonst in *tradidisset*, sondern in *donasset* geändert haben?

[1]) Ihr Besitzverlust ist, wie sich namentlich aus dem responsum ergibt, erst nach der Verurteilung eingetreten; ebenso Dorotheos adhl. schol. ἐὰν κινήσω (Heimb. III 308).

[2]) Zu diesen Wendungen oben S. 484 N. 1. Da in beiden Fragmenten von einem Besitzverlust nicht die Rede ist, so steht der normale Fall der fortdauernden Innehabung in Rede. So ausdrücklich Stephanos zu beiden Stellen (zit. oben S. 496 N. 1).

[3]) Paul. D. 41, 2, 3, 20.

[4]) Gai. D. 41, 1, 9, 5; Ulp. D. 6, 2, 9, 1 und weitere Belege bei Riccobono, ZSSt. 34, 188 N. 3 sowie Jul. D. 41, 3, 33, 1 i. f.

[5]) Etwa: der Mieter, Entleiher, Verwahrer war auf die Vertragsklage des Eigentümers zur Litisästimation verurteilt: dann erwarb er

wieder zukommt. Diese Regel ist nun an den drei Grundfällen[1]) getrennt zu erhärten.

A. Contumacia.

Weigert der Beklagte die Restitution der in seiner Hand befindlichen Sache und wird er dieserhalb auf den Betrag *quanti in litem actor iuraverit* (D. 6, 1, 46) oder *quanti res sit* (D. eod. 71) verurteilt, so vereinigt er in sich possessio und iusta causa[2]), und es steht ihm daher bei nachträglichem Besitzverlust die a. quasi Publiciana, bei fortdauerndem Besitz gegenüber der rei vindicatio die exc. (rei quasi venditae et traditae)[3]) zu Gebote. Von der actio quasi Publiciana des im dinglichen Rechtsstreit verurteilten Besitzers sprechen mehr oder weniger ausdrücklich[4]): allgemein (per in rem actionem)[5]) Paul. D. 6, 1, 46; zur hered. petitio Gai. (Lenel Nr. 141) D. 41, 4, 1; zur rei vindicatio Jul. 22 dig.[6]) in Ulp. D. 6, 2, 7, 1 (vgl. auch Paul. D. 6, 1, 35, 2) und besonders Paul. D. 41, 4, 2, 21, wo der Ersitzungsbesitzer a non domino durch die Litisästimation[7]) gegenüber dem vindizierenden dominus zum Ersitzungsbesitzer a domino aufrückt (*ait Iulianus causam possessionis mutari ei*)[8]), sowie Paul. D. 41, 3, 4, 13 und Paul. D. 47, 2, 85,

---

[1]) Siehe oben S. 479f.

[2]) Eventuell nötiger guter Glaube und Ersitzungsfähigkeit (oben S. 486 N. 5—7) werden im folgenden unterstellt.

[3]) Vgl. oben S. 487 N. 3.

[4]) Daß ihr Name so selten genannt (D. 6, 1, 70) und von den im folgenden angef. Fragmenten nur in D. 6, 2, 7, 1 angedeutet (vgl. oben S. 485 N. 2) wird, wo Ulpian sich im Kommentar de Publ. in rem actione befindet, erklärt sich daraus, daß es den Juristen meist darauf ankam, die normale Rechtsstellung des verurteilten contumax zu umschreiben, während die a. quasi Publiciana ein weiteres komplizierendes Moment, den nachträglichen Besitzverlust voraussetzt. Auch ist es ihnen häufig (so namentlich in D. 6, 1, 46, aber auch in D. 13, 6, 5, 1 und D. 16, 3, 30) sichtlich um das materielle Endergebnis, die Enteignung zu tun. — Vgl. dazu die übrigen oben S. 484 N. 1 genannten Stellen.

[5]) An das Urteil im dinglichen Prozeß denken gewiß auch die unbestimmteren Äußerungen Ulpians in D. 6, 2, 7, 1 und D. 41, 3, 27 i. f.

[6]) Vgl. oben S. 488 N. 6. [7]) Hierzu unten S. 511ff.

[8]) Wie die emptio und die quasi emptio, so wirkt in gleicher Weise (*idemque* . . . . .) — sagt Julian-Paulus fortfahrend — die Schenkung

wo sich die furtiva causa in eine iusta causa pro emptore „verwandelt". In ganz derselben Rechtslage befindet sich die diebische Frau, die als Besitzerin[1]) auf die actio rerum amotarum verurteilt worden ist: Jul. D. 25, 2, 22 pr. (*in rem actio ei danda est*). Aber auch der renitente Vertragsbeklagte (Depositar: Nerat. D. 16, 3, 30; Kommodatar: Ulp. D. 13, 6, 5, 1) erhält die quasi Publiciana (*rem tuam fieri; rem offerentis facit*)[2]), wiewohl er bis zur Verurteilung bloßer Detentor war. Denn nicht er selbst, sondern der Geschworene durch die Litisästimation hat das *causam possessionis mutare* herbeigeführt oder — korrekter[3]) — das *detinere* zum *possidere* gesteigert. Auch dies entspricht dem publizianischen Regelrecht.[4])

Der exc. (rei quasi vend. et trad.) bedarf der Verurteilte nicht, insoweit er gegen den neuen Angriff schon durch die Regeln der zivilen (eadem res) oder judizialen Konsumption geschützt ist. Darauf geht es offenbar zurück, daß diese exceptio in den Fällen, in denen der nunmehrige Vindikant mit dem Kläger im ersten Prozeß identisch ist[5]), anscheinend nur ein einziges Mal (Jul. D. 25, 2,

der Sache (nicht der Ästimation, wie Schloßmann, ZSSt. 24, 40 meint) seitens des dominus an den Ersitzungsbesitzer; daran ist nichts zu beanstanden. Dagegen schlägt Siber, Pass. 140 zwecks Stützung seiner oben S. 484 N. 1 erwähnten Lehre zu lesen vor: *idemque esse* ⟨*ac*⟩ *si dominus* . . . . . [*donasset,*] ⟨*mancipasset*⟩. Das ist unhaltbar: a) die mancipatio als solche braucht die causa possessionis nicht zu berühren; b) die mancipatio hätte ziviles Eigentum übertragen und so die usucapio hinfällig gemacht, aber nicht verstärkt; c) warum sollte Trib. hier nicht wie sonst in *tradidisset*, sondern in *donasset* geändert haben?

[1]) Ihr Besitzverlust ist, wie sich namentlich aus dem responsum ergibt, erst nach der Verurteilung eingetreten; ebenso Dorotheos adhl. schol. ἐὰν κινήσω (Heimb. III 308).

[2]) Zu diesen Wendungen oben S. 484 N. 1. Da in beiden Fragmenten von einem Besitzverlust nicht die Rede ist, so steht der normale Fall der fortdauernden Innehabung in Rede. So ausdrücklich Stephanos zu beiden Stellen (zit. oben S. 496 N. 1).

[3]) Paul. D. 41, 2, 3, 20.

[4]) Gai. D. 41, 1, 9, 5; Ulp. D. 6, 2, 9, 1 und weitere Belege bei Riccobono, ZSSt. 34, 188 N. 3 sowie Jul. D. 41, 3, 33, 1 i. f.

[5]) Etwa: der Mieter, Entleiher, Verwahrer war auf die Vertragsklage des Eigentümers zur Litisästimation verurteilt: dann erwarb er

22 pr.) überliefert ist und auch hier bloß deshalb auftritt, weil es Julian, wie die Fragestellung zeigt, darum zu tun war, den dinglichen Schutz der Frau im Zusammenhange (in defensiver und offensiver Richtung) darzustellen.[1] Versagen dagegen die Grundsätze der Konsumption, weil das Konkurrenzgebiet überschritten ist[2]), so erwächst die exceptio zu praktischer Bedeutung. Hat also der dritte Pfandbesitzer auf die quasi Serviana actio des creditor hin die Herausgabe abgelehnt und so das Geldurteil über sich ergehen lassen, so sichert ihn die exceptio (r. q. v. e. t.) gegen den hernach vindizierenden debitor, wie wenn der creditor ihm das Pfand berechtigterweise verkauft hätte[3]): so der zweifellose Urtext von Jul. D. 13, 7, 28 pr.[4]) und Gai. D. 20, 6, 2[5]) und der echte Kern des *quia pro eo erit*-Satzes in Paul. D. 10, 2, 29.[6]) Die Überlieferung hat hier darunter gelitten, daß die Byzantiner die Zahlung der Litisästimation der Pfandsache für eigene Rechnung mit der Zahlung der Pfandschuld für fremde Rechnung verwechselten oder vermengten und deshalb folgerecht zu anderen Ergebnissen kamen, insbesondere nicht zu einer Enteignung.[7])

mit einem Schlage die Passivlegitimation zur rei vindicatio und die exc. r. q. v. e. t. als Abwehrmittel gegen sie; vgl. oben S. 499 N. 2.

[1]) Vgl. oben S. 490f. — Denn die Regeln des Konkurrenzrechtes führen hier schneller zum praktischen Ziel — Voraussetzung: lediglich die Streitbefestigung über die a. rer. amotarum; Wirkung: Abweisung der Vindikation officio iudicis. Hierüber später m. Konkurrenz II (insbesondere § 163).

[2]) Zu diesem Begriff Levy, Konkurrenz I 24ff.

[3]) Vgl. etwa Ulp. D. 21, 3, 1, 2 und Dernburg, Pfandrecht II 201ff.

[4]) Itp. von *nisi* ab: vgl. die bei Ebrard, Dig. Fr. ad form. hyp. 66 N. 67 Angeff. Die exceptio ist keine exc. doli, wie man gewöhnlich meint (z. B. Eisele, ZSSt. 10, 305; Kalb, Roms Juristen 18 N. 1). Die exc. doli in Ulp. D. 43, 5, 3, 15 ist anderer Art.

[5]) Itp. von *non aliter* ab: vgl. die bei Ebrard a. a. O. Angeff.

[6]) Auf das vielfach itp. Fragment ist hier nicht näher einzugehen: Literaturübersichten bei Schulz, Einführung 98 N. 3; Ebrard 68 N. 69.

[7]) Das ist der Grund der Verfälschung von Jul. D. 13, 7, 28 pr., Gai. D. 20, 6, 2 (oben N. 4, 5) und Paul. D. 10, 3, 7, 12 ([licentia — luere]: Gradenwitz, Itp. 98; Lenel und P. Krüger z. d. St.; bezeichnend Stephan. ind., Heimb. I 802 schol. 16); siehe insoweit auch Ebrard 138. — Aus dem gleichen Grunde ist aber auch in Marcian. D. 20, 4, 12, 1

B. Nichtdoloser Besitzverlust.

Auch der Beklagte, der vor der Verurteilung[1]) den Besitz (Innehabung) der Sache zufällig oder fahrlässig verliert, steht nach der Verurteilung emptoris loco.[2]) Aber er hat noch kein prätorisches Eigentum. Mangelte ihm vorher zur possessio die iusta causa, so fehlt ihm nun zur causa die possessio.[3]) Wie jedoch der emptor die Tradition fordern kann, so geben Theorie und Praxis auch dem quasi emptor Mittel an die Hand, um wieder zur possessio zu gelangen. Diese Mittel unterscheiden sich zum Teil, je nachdem die Verurteilung in einem Vertragsjudizium erging oder nicht.

1. Urteil auf Vertragsklage.

Wenn der Geschworene im iudicium locati, depositi, commodati (Labeo D. 19, 2, 60, 2[4]); Marcell. D. 42, 1, 12[5]): quamquam!) die Verurteilung davon abhängig macht, daß der Kläger dem Beklagten die ihm auf Herausgabe der Sache gegen Dritte zustehenden Klagen abtritt[6]), oder wenn im Falle außergerichtlicher Befriedigung zur Herbeiführung dieser Abtretung dem Schuldner ein Klagrecht gewährt wird (Gai. D. 19, 2, 25, 8), so handelt es sich um Maßnahmen, deren unmittelbarer Zweck negativ der Vereitelung eines nochmaligen Vorgehens des Klägers (Kon-

---

die (verneinende) Entscheidung des Klassikers durch die Worte *et recte puto hoc admittendum esse* ersetzt: wegen *admittere* vgl. Beseler IV 65; *recte* läppisch, mindestens überflüssig. Unzutreffende Auslegung bei Ebrard 138ff. — Klassisch und von den Kompilatoren übersehen ist die für sie unerklärliche doli mali exceptio in dem im wesentlichen echten (anders Ebrard 108 N. 58) Marcian. D. 20, 6, 8, 19. — Den Byzantinern folgen in dieser Frage noch Schmid, Grundlehren der Zession I 263f. und Siber, Passivl. 115.

[1]) Sei es vor oder nach der Streitbefestigung. Letzteres ist nur wichtig für die hier nicht zu erörternde Frage, ob der Beklagte überhaupt zu verurteilen ist.

[2]) Siehe oben S. 494f. [3]) Siehe oben S. 496ff.

[4]) Entgegen der herrschenden Lehre ist das fr. von *fullonem* ab m. E. echt: Konkurrenz II § 137.

[5]) Zu *condemnato* siehe unten S. 506 N. 6.

[6]) Oder, falls der derzeitige Drittbesitzer unbekannt ist, die künftige Abtretung (nach Maßgabe von D. 6, 1, 69) kaviert.

22 pr.) überliefert ist und auch hier bloß deshalb auftritt, weil es Julian, wie die Fragestellung zeigt, darum zu tun war, den dinglichen Schutz der Frau im Zusammenhange (in defensiver und offensiver Richtung) darzustellen.[1]) Versagen dagegen die Grundsätze der Konsumption, weil das Konkurrenzgebiet überschritten ist[2]), so erwächst die exceptio zu praktischer Bedeutung. Hat also der dritte Pfandbesitzer auf die quasi Serviana actio des creditor hin die Herausgabe abgelehnt und so das Geldurteil über sich ergehen lassen, so sichert ihn die exceptio (r. q. v. e. t.) gegen den hernach vindizierenden debitor, wie wenn der creditor ihm das Pfand berechtigterweise verkauft hätte[3]): so der zweifellose Urtext von Jul. D. 13, 7, 28 pr.[4]) und Gai. D. 20, 6, 2[5]) und der echte Kern des *quia pro eo erit*-Satzes in Paul. D. 10, 2, 29.[6]) Die Überlieferung hat hier darunter gelitten, daß die Byzantiner die Zahlung der Litisästimation der Pfandsache für eigene Rechnung mit der Zahlung der Pfandschuld für fremde Rechnung verwechselten oder vermengten und deshalb folgerecht zu anderen Ergebnissen kamen, insbesondere nicht zu einer Enteignung.[7])

mit einem Schlage die Passivlegitimation zur rei vindicatio und die exc. r. q. v. e. t. als Abwehrmittel gegen sie; vgl. oben S. 499 N. 2.

[1]) Vgl. oben S. 490f. — Denn die Regeln des Konkurrenzrechtes führen hier schneller zum praktischen Ziel — Voraussetzung: lediglich die Streitbefestigung über die a. rer. amotarum; Wirkung: Abweisung der Vindikation officio iudicis. Hierüber später m. Konkurrenz II (insbesondere § 163).

[2]) Zu diesem Begriff Levy, Konkurrenz I 24ff.

[3]) Vgl. etwa Ulp. D. 21, 3, 1, 2 und Dernburg, Pfandrecht II 201ff.

[4]) Itp. von *nisi* ab: vgl. die bei Ebrard, Dig. Fr. ad form. hyp. 66 N. 67 Angeff. Die exceptio ist keine exc. doli, wie man gewöhnlich meint (z. B. Eisele, ZSSt. 10, 305; Kalb, Roms Juristen 18 N. 1). Die exc. doli in Ulp. D. 43, 5, 3, 15 ist anderer Art.

[5]) Itp. von *non aliter* ab: vgl. die bei Ebrard a. a. O. Angeff.

[6]) Auf das vielfach itp. Fragment ist hier nicht näher einzugehen: Literaturübersichten bei Schulz, Einführung 98 N. 3; Ebrard 68 N. 69.

[7]) Das ist der Grund der Verfälschung von Jul. D. 13, 7, 28 pr., Gai. D. 20, 6, 2 (oben N. 4, 5) und Paul. D. 10, 3, 7, 12 ([licentia — luere]: Gradenwitz, Itp. 98; Lenel und P. Krüger z. d. St.; bezeichnend Stephan. ind., Heimb. I 802 schol. 16); siehe insoweit auch Ebrard 138. — Aus dem gleichen Grunde ist aber auch in Marcian. D. 20, 4, 12, 1

B. Nichtdoloser Besitzverlust.

Auch der Beklagte, der vor der Verurteilung[1]) den Besitz (Innehabung) der Sache zufällig oder fahrlässig verliert, steht nach der Verurteilung emptoris loco.[2]) Aber er hat noch kein prätorisches Eigentum. Mangelte ihm vorher zur possessio die iusta causa, so fehlt ihm nun zur causa die possessio.[3]) Wie jedoch der emptor die Tradition fordern kann, so geben Theorie und Praxis auch dem quasi emptor Mittel an die Hand, um wieder zur possessio zu gelangen. Diese Mittel unterscheiden sich zum Teil, je nachdem die Verurteilung in einem Vertragsjudizium erging oder nicht.

1. Urteil auf Vertragsklage.

Wenn der Geschworene im iudicium locati, depositi, commodati (Labeo D. 19, 2, 60, 2[4]); Marcell. D. 42, 1, 12[5]): quamquam!) die Verurteilung davon abhängig macht, daß der Kläger dem Beklagten die ihm auf Herausgabe der Sache gegen Dritte zustehenden Klagen abtritt[6]), oder wenn im Falle außergerichtlicher Befriedigung zur Herbeiführung dieser Abtretung dem Schuldner ein Klagrecht gewährt wird (Gai. D. 19, 2, 25, 8), so handelt es sich um Maßnahmen, deren unmittelbarer Zweck negativ der Vereitelung eines nochmaligen Vorgehens des Klägers (Kon-

---

die (verneinende) Entscheidung des Klassikers durch die Worte *et recte puto hoc admittendum esse* ersetzt: wegen *admittere* vgl. Beseler IV 65; *recte* läppisch, mindestens überflüssig. Unzutreffende Auslegung bei Ebrard 138ff. — Klassisch und von den Kompilatoren übersehen ist die für sie unerklärliche doli mali exceptio in dem im wesentlichen echten (anders Ebrard 108 N. 58) Marcian. D. 20, 6, 8, 19. — Den Byzantinern folgen in dieser Frage noch Schmid, Grundlehren der Zession I 263f. und Siber, Passivl. 115.

[1]) Sei es vor oder nach der Streitbefestigung. Letzteres ist nur wichtig für die hier nicht zu erörternde Frage, ob der Beklagte überhaupt zu verurteilen ist.

[2]) Siehe oben S. 494f. [3]) Siehe oben S. 496ff.

[4]) Entgegen der herrschenden Lehre ist das fr. von *fullonem* ab m. E. echt: Konkurrenz II § 137.

[5]) Zu *condemnato* siehe unten S. 506 N. 6.

[6]) Oder, falls der derzeitige Drittbesitzer unbekannt ist, die künftige Abtretung (nach Maßgabe von D. 6, 1, 69) kaviert.

sumption), positiv der Abwälzung der Rechtsfolgen auf den Drittbesitzer (Regreß) dient. Sie setzen weder im Prozeß die geschehene Verurteilung noch überhaupt einen Prozeß voraus und können schon deshalb nicht eine spezielle Einrichtung des Enteignungsrechtes sein. Insbesondere bedeutet die Zession der Vindikation, der wichtigsten der abzutretenden Aktionen, nicht etwa eine Änderung der dinglichen Rechtslage noch überhaupt einen Schritt auf dem Weg zu einer Übereignung. Vielmehr muß der Zessionar — wenn er mit actio mandata oder utilis in rem suam vorgehen will — ja gerade des Zedenten Recht ex iure Quiritium aufs neue proklamieren[1]), und der Vindikationszedent vergibt (vom Klagschutz abgesehen) durch die Zession an sich seiner quiritischen und sogar seiner bonitarischen Rechtsstellung zunächst noch gar nichts. Alles kommt darauf an, ob der Zessionar auf irgendeine Weise in den Besitz der Sache gelangt. Wenn der Drittbesitzer sie nicht herausgibt, sondern sich als contumax verurteilen läßt, dann sind die Voraussetzungen der quasi Publiciana nunmehr in seiner Person gegeben und zu seinen Gunsten wird der Zedent über den Kopf des erstverurteilten Zessionars hinweg enteignet: dessen quasi-emptor-Stellung ist damit hinfällig geworden. Gibt der Drittbesitzer die Sache dagegen — auf irgendeine oder auch auf gar keine Klage hin — an den Zessionar heraus, so erwirbt dieser nun (und zwar *ex voluntate actoris:* D. 6, 1, 47) die possessio pro emptore, und ein weiterer Besitzverlust findet ihn mit a. qu. Publiciana gerüstet.

Die Klagenzession ist also ein wichtiger Behelf zur Begründung des Ersitzungsbesitzes, aber weder ein typischer noch der einzige. Auch der Verurteilte, der etwa durch Zufall originär den Besitz wiedererlangt, *pro emptore incipit possidere.*[2]) Und endlich taugt die Abtretung nichts, wenn der einstige Kläger selbst die Sache nachträglich wiederbekommt.[3]) Dieser Möglichkeit pflegt der Judex da-

---

[1]) Levy, Konk. I 224.

[2]) Nicht überliefert, aber zweifellos und im Einklang mit D. 6, 1, 47.

[3]) Die im gemeinen Recht (Lit. bei Windscheid II § 337 N. 5;

durch Rechnung zu tragen, daß er den Kläger die Rückleistung der Sache (Pomp. D. 13, 6, 13 pr. *ut repertam (rem) dominus ei praestet*)[1]) kavieren oder (wohl korrekter)[2]) versprechen läßt, alles zu unterlassen, was den Beklagten in der selbständigen Besitzergreifung behindern könnte (vgl. Paul. D. 6, 1, 47 i. f.).[3]) Außerdem aber — und jedenfalls wenn die Kaution unterblieben[4]) oder der Ersatz überhaupt außergerichtlich geleistet war — gewährte man schon seit Labeo dem Herausgabeschuldner, der den anderen Teil schadlos gehalten hatte, die Vertragsklage (a. commodati contraria[5]): Paul. D. 13, 6, 17, 5; ebenso Jul.-Afric. D. eod. 21 pr.; a. conducti: Cass.-Ulp. D. 12, 7, 2).[6]) Ihr Ziel geht

---

Dernburg I § 225 N. 3) vielfach vertretene Verwendbarkeit der actio cessa gegen den Zedenten ist für das klassische Recht indiskutabel.

[1]) Doch wohl echt; das byzantinische Anakoluth (Kalb, Wegweiser 82, 139) ist gewiß daraus zu erklären, daß die Zerreißung des klass. Zusammenhangs neue Anfangsworte erheischte.

[2]) Keinesfalls braucht der Kläger sich zur Übereignung zu verpflichten (siehe auch oben S. 482f.); aber selbst das *nudam possessionem tradere* ist — mit der Passivität des Klägers im Kontumazfalle verglichen — ein Plus.

[3]) Der das aussprechende Schlußsatz (von *et ideo* ab) ordnet sich also sachlich zwanglos in den Zusammenhang (vgl. oben S. 497 N. 4). Auch sprachlich kann gegen das Stück bis *actor* ein Bedenken um so weniger erhoben werden, als die Wendung *non est alienum* c. infin. auch sonst in den Digesten, besonders bei Paul. D. 11, 1, 10 vorkommt (VIR. I 344, 26ff.) und der Diktion Justinians (Longo, s. v. alienus) fremd zu sein scheint. Dagegen bietet das Folgende in *cavere quod* und *per se non fiat* mit acc. c. inf. einen schweren doppelten Anstoß (Beseler I 56; Kalb, Wegweiser 104), der in Paul. D. 7, 1, 60, 1 eine Parallele, aber kaum eine Stütze findet (Beseler I 57; Seckel-Kübler zu Paul. sent. 5, 6, 8b; *satis cavere* ist hier ebenso unecht wie [vgl. VIR. V 253, 24] in D. 26, 4, 5, 3 [Levy, ZSSt. 37, 37 N. 3]); vgl. ferner Stolz-Schmalz, Lat. Gramm. 4. Aufl. 430f., 540. Auch das viermalige *non* ist wenig ansprechend. So bleibt nur die Vermutung, daß der vielleicht ausführlichere Inhalt der Kaution des Paulus den Byzantinern Anlaß zum Einschreiten gab.

[4]) So Stephanos zu D. 13, 6, 5, 1 (Heimb. II 6).

[5]) Auch von Biondi, Iud. bon. fid. I 147f. und sonst nicht beanstandet.

[6]) Daneben empfiehlt Cassius in D. 12, 7, 2 ein *condicere pretium*, aber die beiden anderen Fragmente erwähnen davon nichts, und Ulpian

nach Cassius-Ulpian auf Rückerstattung des geleisteten *pretium*, nach Labeo-Paulus auf *aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*. Aber das ist schwerlich ein Widerspruch. Denn angesichts der condemnatio pecuniaria wäre die Frage nur die, ob die Weigerung der Sachherausgabe seitens des nunmehr beklagten Verleihers, Vermieters usw. ihn als contumax erscheinen lassen und einem i. i. l. aussetzen könnte. Das verneint auch Labeo-Paulus, und so ergibt sich einhellig, daß der Beklagte sich vor der Verurteilung sowohl durch Sachherausgabe wie durch Rückzahlung des Ersatzes befreien kann. Damit hat der (kurz gesagt) Eigentümer es in der Hand, die quasi emptio seines Vertragsgegners entweder zum Ersitzungsbesitz pro emptore zu steigern oder aber sie rückgängig zu machen und so den Stand herbeizuführen, der nach Restitution im ersten Prozeß vorhanden gewesen wäre. Von Enteignung kann unter solchen Umständen nicht mehr die Rede sein. Ebensowenig wenn die Klage aus der Stipulation des D. 13, 6, 13 pr. erhoben wird: sie lief, wie sie auch formuliert gewesen sein mag, immer nur auf eine gewöhnliche Litisästimation hinaus[1]), die wohl grundsätzlich nach der einst vom (jetzigen) Kläger geleisteten bemessen war. Beide Klagen erweisen aufs neue, daß andere als rein schuldrechtliche Behelfe dem besitzlosen Verurteilten gegen den besitzenden Eigentümer nicht zur Verfügung stehen — insbesondere nicht die a. qu. Publiciana.[2])

---

widerspricht dem Cassius offensichtlich; sonst hätten die Kompilatoren, die auch anderswo für diese *condictio sine causa* eintreten (Stephan. zu D. 13, 6, 17, 5: Heimb. II 18), nicht nötig gehabt, ihre Meinung in dem zweifellos eingefälschten (siehe auch Albertario, P. Krüger) *nisi forte*-Schluß zu verfechten. Vgl. auch Mela-Ulp. D. 19, 2, 19, 6 und die Interpol. in Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 i. f. Dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1911, 723f., anders teilweise Pernice, Lab. III 217f., 230 N. 2.

[1]) Paul. D. 12, 3, 6 (Levy, ZSSt. 36, 68 N. 1).

[2]) Sehr treffend führt Stephanos zu D. 13, 6, 17, 5 (Heimb. II 18) die a. contraria darauf zurück, daß der besitzlose Verurteilte *οὐ γίνεται τούτου δεσπότης. ἢ γὰρ ἂν ἰν ῥέμ, καὶ οὐ κοντραρίαν ἐκίνει κομμοδάτι ἀγωγήν.* — Vgl. auch allgemein Nerat. D. 6, 2, 17.

2. Urteil im dinglichen Prozeß.

(Die Erörterung von Pap. D. 6, 1, 63 wird Raummangels halber im nächsten Bande der Zeitschrift als Miszelle nachgebracht werden.)

C. Doloser Besitzverlust.

Hat der[1]) Besitzer (Inhaber) die Sache böswillig aus der Hand gegeben und wird er nun auf die beschworene Litisästimation verurteilt, so scheint auf den ersten Blick seine Rechtsstellung die gleiche zu sein wie die des nichtdolosen Entsitzers: einerseits fehlt ihm mangels Besitzes zunächst jedenfalls die a. qu. Publiciana, andererseits müßte er ebenfalls emptoris loco sein, denn es gibt ja kein gegen ihn aus dem Dolus abzuleitendes Argument, das nicht auch gegen den zum quasi emptor erhobenen contumax verfinge. Aber die Rechtsordnung sieht sich dem böslichen Entsitzer gegenüber trotzdem in einer anderen Lage als gegenüber dem contumax. Dieser hat nur eine Schwäche: seinen Dolus, jener hat deren zwei: Dolus und fehlenden Besitz. Dem contumax ist mit den Mitteln des Prozesses die Sache nun einmal nicht zu entwinden, und so bleibt im Interesse der Rechtssicherheit[2]) nichts anderes übrig, als seine Macht anzuerkennen und ihn als Ersitzungsbesitzer zu betrachten. Der bösliche Entsitzer dagegen steht im Machtpunkte um nichts besser da als der Eigentümer: hier ist die Rechtsordnung frei, wem von beiden sie die Mittel zur Besitzerlangung zur Verfügung stellen soll. Legt sie auf den Dolus das Gewicht, will sie also zugunsten eines Dolosen Zessionen und Kautionen nicht erzwingen, sondern die weitere Sachverfolgung dem Eigentümer belassen, so bedeutet die Zahlung der dem Entsitzer auferlegten Litisästimation für den einen reine Bereicherung, für den anderen reine Strafe. Bildet umgekehrt der gerechte Ausgleich der Vermögensinteressen den Leitgedanken, so muß der

[1]) Gut- oder bösgläubige. Auf den Gegensatz kommt es hier ebensowenig an wie oben S. 486 N. 3; vgl. insoweit Pernice, Lab. II 2, 71 ff., ferner Partsch, Alienatio iud. mut. ca. facta 41 N. 2 und für das heutige deutsche Recht sehr zutreffend Siber-Planck 111 f.

[2]) Siehe oben S. 478 f.



nach Cassius-Ulpian auf Rückerstattung des geleisteten *pretium*, nach Labeo-Paulus auf *aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*. Aber das ist schwerlich ein Widerspruch. Denn angesichts der condemnatio pecuniaria wäre die Frage nur die, ob die Weigerung der Sachherausgabe seitens des nunmehr beklagten Verleihers, Vermieters usw. ihn als contumax erscheinen lassen und einem i. i. l. aussetzen könnte. Das verneint auch Labeo-Paulus, und so ergibt sich einhellig, daß der Beklagte sich vor der Verurteilung sowohl durch Sachherausgabe wie durch Rückzahlung des Ersatzes befreien kann. Damit hat der (kurz gesagt) Eigentümer es in der Hand, die quasi emptio seines Vertragsgegners entweder zum Ersitzungsbesitz pro emptore zu steigern oder aber sie rückgängig zu machen und so den Stand herbeizuführen, der nach Restitution im ersten Prozeß vorhanden gewesen wäre. Von Enteignung kann unter solchen Umständen nicht mehr die Rede sein. Ebensowenig wenn die Klage aus der Stipulation des D. 13, 6, 13 pr. erhoben wird: sie lief, wie sie auch formuliert gewesen sein mag, immer nur auf eine gewöhnliche Litisästimation hinaus[1]), die wohl grundsätzlich nach der einst vom (jetzigen) Kläger geleisteten bemessen war. Beide Klagen erweisen aufs neue, daß andere als rein schuldrechtliche Behelfe dem besitzlosen Verurteilten gegen den besitzenden Eigentümer nicht zur Verfügung stehen — insbesondere nicht die a. qu. Publiciana.[2])

---

widerspricht dem Cassius offensichtlich; sonst hätten die Kompilatoren, die auch anderswo für diese *condictio sine causa* eintreten (Stephan. zu D. 13, 6, 17, 5: Heimb. II 18), nicht nötig gehabt, ihre Meinung in dem zweifellos eingefälschten (siehe auch Albertario, P. Krüger) *nisi forte*-Schluß zu verfechten. Vgl. auch Mela-Ulp. D. 19, 2, 19, 6 und die Interpol. in Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 i. f. Dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1911, 723f., anders teilweise Pernice, Lab. III 217f., 230 N. 2.

[1]) Paul. D. 12, 3, 6 (Levy, ZSSt. 36, 68 N. 1).

[2]) Sehr treffend führt Stephanos zu D. 13, 6, 17, 5 (Heimb. II 18) die a. contraria darauf zurück, daß der besitzlose Verurteilte *οὐ γίνεται τούτου δεσπότης. ἡ γὰρ ἂν ἰν ῥέμ, καὶ οὐ κοντραρίαν ἐκίνει κομμοδάτι ἀγωγήν.* — Vgl. auch allgemein Nerat. D. 6, 2, 17.

2. Urteil im dinglichen Prozeß.

(Die Erörterung von Pap. D. 6, 1, 63 wird Raummangels halber im nächsten Bande der Zeitschrift als Miszelle nachgebracht werden.)

C. Doloser Besitzverlust.

Hat der[1]) Besitzer (Inhaber) die Sache böswillig aus der Hand gegeben und wird er nun auf die beschworene Litisästimation verurteilt, so scheint auf den ersten Blick seine Rechtsstellung die gleiche zu sein wie die des nichtdolosen Entsitzers: einerseits fehlt ihm mangels Besitzes zunächst jedenfalls die a. qu. Publiciana, andererseits müßte er ebenfalls emptoris loco sein, denn es gibt ja kein gegen ihn aus dem Dolus abzuleitendes Argument, das nicht auch gegen den zum quasi emptor erhobenen contumax verfinge. Aber die Rechtsordnung sieht sich dem böslichen Entsitzer gegenüber trotzdem in einer anderen Lage als gegenüber dem contumax. Dieser hat nur eine Schwäche: seinen Dolus, jener hat deren zwei: Dolus und fehlenden Besitz. Dem contumax ist mit den Mitteln des Prozesses die Sache nun einmal nicht zu entwinden, und so bleibt im Interesse der Rechtssicherheit[2]) nichts anderes übrig, als seine Macht anzuerkennen und ihn als Ersitzungsbesitzer zu betrachten. Der bösliche Entsitzer dagegen steht im Machtpunkte um nichts besser da als der Eigentümer: hier ist die Rechtsordnung frei, wem von beiden sie die Mittel zur Besitzerlangung zur Verfügung stellen soll. Legt sie auf den Dolus das Gewicht, will sie also zugunsten eines Dolosen Zessionen und Kautionen nicht erzwingen, sondern die weitere Sachverfolgung dem Eigentümer belassen, so bedeutet die Zahlung der dem Entsitzer auferlegten Litisästimation für den einen reine Bereicherung, für den anderen reine Strafe. Bildet umgekehrt der gerechte Ausgleich der Vermögensinteressen den Leitgedanken, so muß der

[1]) Gut- oder bösgläubige. Auf den Gegensatz kommt es hier ebensowenig an wie oben S. 486 N. 3; vgl. insoweit Pernice, Lab. II 2, 71ff., ferner Partsch, Alienatio iud. mut. ca. facta 41 N. 2 und für das heutige deutsche Recht sehr zutreffend Siber-Planck 111f.

[2]) Siehe oben S. 478f.

nach Cassius-Ulpian auf Rückerstattung des geleisteten *pretium*, nach Labeo-Paulus auf *aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*. Aber das ist schwerlich ein Widerspruch. Denn angesichts der condemnatio pecuniaria wäre die Frage nur die, ob die Weigerung der Sachherausgabe seitens des nunmehr beklagten Verleihers, Vermieters usw. ihn als contumax erscheinen lassen und einem i. i. l. aussetzen könnte. Das verneint auch Labeo-Paulus, und so ergibt sich einhellig, daß der Beklagte sich vor der Verurteilung sowohl durch Sachherausgabe wie durch Rückzahlung des Ersatzes befreien kann. Damit hat der (kurz gesagt) Eigentümer es in der Hand, die quasi emptio seines Vertragsgegners entweder zum Ersitzungsbesitz pro emptore zu steigern oder aber sie rückgängig zu machen und so den Stand herbeizuführen, der nach Restitution im ersten Prozeß vorhanden gewesen wäre. Von Enteignung kann unter solchen Umständen nicht mehr die Rede sein. Ebensowenig wenn die Klage aus der Stipulation des D. 13, 6, 13 pr. erhoben wird: sie lief, wie sie auch formuliert gewesen sein mag, immer nur auf eine gewöhnliche Litisästimation hinaus[1]), die wohl grundsätzlich nach der einst vom (jetzigen) Kläger geleisteten bemessen war. Beide Klagen erweisen aufs neue, daß andere als rein schuldrechtliche Behelfe dem besitzlosen Verurteilten gegen den besitzenden Eigentümer nicht zur Verfügung stehen — insbesondere nicht die a. qu. Publiciana.[2])

---

widerspricht dem Cassius offensichtlich; sonst hätten die Kompilatoren, die auch anderswo für diese *condictio sine causa* eintreten (Stephan. zu D. 13, 6, 17, 5: Heimb. II 18), nicht nötig gehabt, ihre Meinung in dem zweifellos eingefälschten (siehe auch Albertario, P. Krüger) *nisi forte*-Schluß zu verfechten. Vgl. auch Mela-Ulp. D. 19, 2, 19, 6 und die Interpol. in Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 i. f. Dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1911, 723f., anders teilweise Pernice, Lab. III 217f., 230 N. 2.

[1]) Paul. D. 12, 3, 6 (Levy, ZSSt. 36, 68 N. 1).

[2]) Sehr treffend führt Stephanos zu D. 13, 6, 17, 5 (Heimb. II 18) die a. contraria darauf zurück, daß der besitzlose Verurteilte *οὐ γίνεται τούτου δεσπότης. ἣ γὰρ ἂν ἰν ῥέμ, καὶ οὐ κοντραρίαν ἐκίνει κομμοδάτι ἀγωγήν.* — Vgl. auch allgemein Nerat. D. 6, 2, 17.

2. Urteil im dinglichen Prozeß.

(Die Erörterung von Pap. D. 6, 1, 63 wird Raummangels halber im nächsten Bande der Zeitschrift als Miszelle nachgebracht werden.)

C. Doloser Besitzverlust.

Hat der[1]) Besitzer (Inhaber) die Sache böswillig aus der Hand gegeben und wird er nun auf die beschworene Litisästimation verurteilt, so scheint auf den ersten Blick seine Rechtsstellung die gleiche zu sein wie die des nichtdolosen Entsitzers: einerseits fehlt ihm mangels Besitzes zunächst jedenfalls die a. qu. Publiciana, andererseits müßte er ebenfalls emptoris loco sein, denn es gibt ja kein gegen ihn aus dem Dolus abzuleitendes Argument, das nicht auch gegen den zum quasi emptor erhobenen contumax verfinge. Aber die Rechtsordnung sieht sich dem böslichen Entsitzer gegenüber trotzdem in einer anderen Lage als gegenüber dem contumax. Dieser hat nur eine Schwäche: seinen Dolus, jener hat deren zwei: Dolus und fehlenden Besitz. Dem contumax ist mit den Mitteln des Prozesses die Sache nun einmal nicht zu entwinden, und so bleibt im Interesse der Rechtssicherheit[2]) nichts anderes übrig, als seine Macht anzuerkennen und ihn als Ersitzungsbesitzer zu betrachten. Der bösliche Entsitzer dagegen steht im Machtpunkte um nichts besser da als der Eigentümer: hier ist die Rechtsordnung frei, wem von beiden sie die Mittel zur Besitzerlangung zur Verfügung stellen soll. Legt sie auf den Dolus das Gewicht, will sie also zugunsten eines Dolosen Zessionen und Kautionen nicht erzwingen, sondern die weitere Sachverfolgung dem Eigentümer belassen, so bedeutet die Zahlung der dem Entsitzer auferlegten Litisästimation für den einen reine Bereicherung, für den anderen reine Strafe. Bildet umgekehrt der gerechte Ausgleich der Vermögensinteressen den Leitgedanken, so muß der

[1]) Gut- oder bösgläubige. Auf den Gegensatz kommt es hier ebensowenig an wie oben S. 486 N. 3; vgl. insoweit Pernice, Lab. II 2, 71ff., ferner Partsch, Alienatio iud. mut. ca. facta 41 N. 2 und für das heutige deutsche Recht sehr zutreffend Siber-Planck 111f.

[2]) Siehe oben S. 478f.



nach Cassius-Ulpian auf Rückerstattung des geleisteten *pretium*, nach Labeo-Paulus auf *aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*. Aber das ist schwerlich ein Widerspruch. Denn angesichts der condemnatio pecuniaria wäre die Frage nur die, ob die Weigerung der Sachherausgabe seitens des nunmehr beklagten Verleihers, Vermieters usw. ihn als contumax erscheinen lassen und einem i. i. l. aussetzen könnte. Das verneint auch Labeo-Paulus, und so ergibt sich einhellig, daß der Beklagte sich vor der Verurteilung sowohl durch Sachherausgabe wie durch Rückzahlung des Ersatzes befreien kann. Damit hat der (kurz gesagt) Eigentümer es in der Hand, die quasi emptio seines Vertragsgegners entweder zum Ersitzungsbesitz pro emptore zu steigern oder aber sie rückgängig zu machen und so den Stand herbeizuführen, der nach Restitution im ersten Prozeß vorhanden gewesen wäre. Von Enteignung kann unter solchen Umständen nicht mehr die Rede sein. Ebensowenig wenn die Klage aus der Stipulation des D. 13, 6, 13 pr. erhoben wird: sie lief, wie sie auch formuliert gewesen sein mag, immer nur auf eine gewöhnliche Litisästimation hinaus[1]), die wohl grundsätzlich nach der einst vom (jetzigen) Kläger geleisteten bemessen war. Beide Klagen erweisen aufs neue, daß andere als rein schuldrechtliche Behelfe dem besitzlosen Verurteilten gegen den besitzenden Eigentümer nicht zur Verfügung stehen — insbesondere nicht die a. qu. Publiciana.[2])

---

widerspricht dem Cassius offensichtlich; sonst hätten die Kompilatoren, die auch anderswo für diese *condictio sine causa* eintreten (Stephan. zu D. 13, 6, 17, 5: Heimb. II 18), nicht nötig gehabt, ihre Meinung in dem zweifellos eingefälschten (siehe auch Albertario, P. Krüger) *nisi forte*-Schluß zu verfechten. Vgl. auch Mela-Ulp. D. 19, 2, 19, 6 und die Interpol. in Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 i. f. Dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1911, 723f., anders teilweise Pernice, Lab. III 217f., 230 N. 2.

[1]) Paul. D. 12, 3, 6 (Levy, ZSSt. 36, 68 N. 1).

[2]) Sehr treffend führt Stephanos zu D. 13, 6, 17, 5 (Heimb. II 18) die a. contraria darauf zurück, daß der besitzlose Verurteilte *οὐ γίνεται τούτου δεσπότης. ἡ γὰρ ἂν ἰν ῥέμ, καὶ οὐ κοντραρίαν ἐκίνει κομμοδάτι ἀγωγήν.* — Vgl. auch allgemein Nerat. D. 6, 2, 17.

2. Urteil im dinglichen Prozeß.

(Die Erörterung von Pap. D. 6, 1, 63 wird Raummangels halber im nächsten Bande der Zeitschrift als Miszelle nachgebracht werden.)

C. Doloser Besitzverlust.

Hat der[1]) Besitzer (Inhaber) die Sache böswillig aus der Hand gegeben und wird er nun auf die beschworene Litisästimation verurteilt, so scheint auf den ersten Blick seine Rechtsstellung die gleiche zu sein wie die des nichtdolosen Entsitzers: einerseits fehlt ihm mangels Besitzes zunächst jedenfalls die a. qu. Publiciana, andererseits müßte er ebenfalls emptoris loco sein, denn es gibt ja kein gegen ihn aus dem Dolus abzuleitendes Argument, das nicht auch gegen den zum quasi emptor erhobenen contumax verfinge. Aber die Rechtsordnung sieht sich dem böslichen Entsitzer gegenüber trotzdem in einer anderen Lage als gegenüber dem contumax. Dieser hat nur eine Schwäche: seinen Dolus, jener hat deren zwei: Dolus und fehlenden Besitz. Dem contumax ist mit den Mitteln des Prozesses die Sache nun einmal nicht zu entwinden, und so bleibt im Interesse der Rechtssicherheit[2]) nichts anderes übrig, als seine Macht anzuerkennen und ihn als Ersitzungsbesitzer zu betrachten. Der bösliche Entsitzer dagegen steht im Machtpunkte um nichts besser da als der Eigentümer: hier ist die Rechtsordnung frei, wem von beiden sie die Mittel zur Besitzerlangung zur Verfügung stellen soll. Legt sie auf den Dolus das Gewicht, will sie also zugunsten eines Dolosen Zessionen und Kautionen nicht erzwingen, sondern die weitere Sachverfolgung dem Eigentümer belassen, so bedeutet die Zahlung der dem Entsitzer auferlegten Litisästimation für den einen reine Bereicherung, für den anderen reine Strafe. Bildet umgekehrt der gerechte Ausgleich der Vermögensinteressen den Leitgedanken, so muß der

---

[1]) Gut- oder bösgläubige. Auf den Gegensatz kommt es hier ebensowenig an wie oben S. 486 N. 3; vgl. insoweit Pernice, Lab. II 2, 71 ff., ferner Partsch, Alienatio iud. mut. ca. facta 41 N. 2 und für das heutige deutsche Recht sehr zutreffend Siber-Planck 111 f.

[2]) Siehe oben S. 478 f.

nach Cassius-Ulpian auf Rückerstattung des geleisteten *pretium*, nach Labeo-Paulus auf *aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*. Aber das ist schwerlich ein Widerspruch. Denn angesichts der condemnatio pecuniaria wäre die Frage nur die, ob die Weigerung der Sachherausgabe seitens des nunmehr beklagten Verleihers, Vermieters usw. ihn als contumax erscheinen lassen und einem i. i. l. aussetzen könnte. Das verneint auch Labeo-Paulus, und so ergibt sich einhellig, daß der Beklagte sich vor der Verurteilung sowohl durch Sachherausgabe wie durch Rückzahlung des Ersatzes befreien kann. Damit hat der (kurz gesagt) Eigentümer es in der Hand, die quasi emptio seines Vertragsgegners entweder zum Ersitzungsbesitz pro emptore zu steigern oder aber sie rückgängig zu machen und so den Stand herbeizuführen, der nach Restitution im ersten Prozeß vorhanden gewesen wäre. Von Enteignung kann unter solchen Umständen nicht mehr die Rede sein. Ebensowenig wenn die Klage aus der Stipulation des D. 13, 6, 13 pr. erhoben wird: sie lief, wie sie auch formuliert gewesen sein mag, immer nur auf eine gewöhnliche Litisästimation hinaus[1]), die wohl grundsätzlich nach der einst vom (jetzigen) Kläger geleisteten bemessen war. Beide Klagen erweisen aufs neue, daß andere als rein schuldrechtliche Behelfe dem besitzlosen Verurteilten gegen den besitzenden Eigentümer nicht zur Verfügung stehen — insbesondere nicht die a. qu. Publiciana.[2])

---

widerspricht dem Cassius offensichtlich; sonst hätten die Kompilatoren, die auch anderswo für diese *condictio sine causa* eintreten (Stephan. zu D. 13, 6, 17, 5: Heimb. II 18), nicht nötig gehabt, ihre Meinung in dem zweifellos eingefälschten (siehe auch Albertario, P. Krüger) *nisi forte*-Schluß zu verfechten. Vgl. auch Mela-Ulp. D. 19, 2, 19, 6 und die Interpol. in Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 i. f. Dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1911, 723f., anders teilweise Pernice, Lab. III 217f., 230 N. 2.

[1]) Paul. D. 12, 3, 6 (Levy, ZSSt. 36, 68 N. 1).

[2]) Sehr treffend führt Stephanos zu D. 13, 6, 17, 5 (Heimb. II 18) die a. contraria darauf zurück, daß der besitzlose Verurteilte *οὐ γίνεται τούτου δεσπότης. ἢ γὰρ ἂν ἰν ῥέμ, καὶ οὐ κοντραρίαν ἐκίνει κομμοδάτι ἀγωγήν.* — Vgl. auch allgemein Nerat. D. 6, 2, 17.

2. Urteil im dinglichen Prozeß.

(Die Erörterung von Pap. D. 6, 1, 63 wird Raummangels halber im nächsten Bande der Zeitschrift als Miszelle nachgebracht werden.)

C. Doloser Besitzverlust.

Hat der[1]) Besitzer (Inhaber) die Sache böswillig aus der Hand gegeben und wird er nun auf die beschworene Litisästimation verurteilt, so scheint auf den ersten Blick seine Rechtsstellung die gleiche zu sein wie die des nichtdolosen Entsitzers: einerseits fehlt ihm mangels Besitzes zunächst jedenfalls die a. qu. Publiciana, andererseits müßte er ebenfalls emptoris loco sein, denn es gibt ja kein gegen ihn aus dem Dolus abzuleitendes Argument, das nicht auch gegen den zum quasi emptor erhobenen contumax verfinge. Aber die Rechtsordnung sieht sich dem böslichen Entsitzer gegenüber trotzdem in einer anderen Lage als gegenüber dem contumax. Dieser hat nur eine Schwäche: seinen Dolus, jener hat deren zwei: Dolus und fehlenden Besitz. Dem contumax ist mit den Mitteln des Prozesses die Sache nun einmal nicht zu entwinden, und so bleibt im Interesse der Rechtssicherheit[2]) nichts anderes übrig, als seine Macht anzuerkennen und ihn als Ersitzungsbesitzer zu betrachten. Der bösliche Entsitzer dagegen steht im Machtpunkte um nichts besser da als der Eigentümer: hier ist die Rechtsordnung frei, wem von beiden sie die Mittel zur Besitzerlangung zur Verfügung stellen soll. Legt sie auf den Dolus das Gewicht, will sie also zugunsten eines Dolosen Zessionen und Kautionen nicht erzwingen, sondern die weitere Sachverfolgung dem Eigentümer belassen, so bedeutet die Zahlung der dem Entsitzer auferlegten Litisästimation für den einen reine Bereicherung, für den anderen reine Strafe. Bildet umgekehrt der gerechte Ausgleich der Vermögensinteressen den Leitgedanken, so muß der

---

[1]) Gut- oder bösgläubige. Auf den Gegensatz kommt es hier ebensowenig an wie oben S. 486 N. 3; vgl. insoweit Pernice, Lab. II 2, 71ff., ferner Partsch, Alienatio iud. mut. ca. facta 41 N. 2 und für das heutige deutsche Recht sehr zutreffend Siber-Planck 111f.

[2]) Siehe oben S. 478f.

nach Cassius-Ulpian auf Rückerstattung des geleisteten *pretium*, nach Labeo-Paulus auf *aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*. Aber das ist schwerlich ein Widerspruch. Denn angesichts der condemnatio pecuniaria wäre die Frage nur die, ob die Weigerung der Sachherausgabe seitens des nunmehr beklagten Verleihers, Vermieters usw. ihn als contumax erscheinen lassen und einem i. i. l. aussetzen könnte. Das verneint auch Labeo-Paulus, und so ergibt sich einhellig, daß der Beklagte sich vor der Verurteilung sowohl durch Sachherausgabe wie durch Rückzahlung des Ersatzes befreien kann. Damit hat der (kurz gesagt) Eigentümer es in der Hand, die quasi emptio seines Vertragsgegners entweder zum Ersitzungsbesitz pro emptore zu steigern oder aber sie rückgängig zu machen und so den Stand herbeizuführen, der nach Restitution im ersten Prozeß vorhanden gewesen wäre. Von Enteignung kann unter solchen Umständen nicht mehr die Rede sein. Ebensowenig wenn die Klage aus der Stipulation des D. 13, 6, 13 pr. erhoben wird: sie lief, wie sie auch formuliert gewesen sein mag, immer nur auf eine gewöhnliche Litisästimation hinaus[1]), die wohl grundsätzlich nach der einst vom (jetzigen) Kläger geleisteten bemessen war. Beide Klagen erweisen aufs neue, daß andere als rein schuldrechtliche Behelfe dem besitzlosen Verurteilten gegen den besitzenden Eigentümer nicht zur Verfügung stehen — insbesondere nicht die a. qu. Publiciana.[2])

---

widerspricht dem Cassius offensichtlich; sonst hätten die Kompilatoren, die auch anderswo für diese *condictio sine causa* eintreten (Stephan. zu D. 13, 6, 17, 5: Heimb. II 18), nicht nötig gehabt, ihre Meinung in dem zweifellos eingefälschten (siehe auch Albertario, P. Krüger) *nisi forte*-Schluß zu verfechten. Vgl. auch Mela-Ulp. D. 19, 2, 19, 6 und die Interpol. in Jul.-Ulp. D. 19, 1, 11, 6 i. f. Dazu Partsch, Gött. gel. Anz. 1911, 723f., anders teilweise Pernice, Lab. III 217f., 230 N. 2.

1) Paul. D. 12, 3, 6 (Levy, ZSSt. 36, 68 N. 1).

2) Sehr treffend führt Stephanos zu D. 13, 6, 17, 5 (Heimb. II 18) die a. contraria darauf zurück, daß der besitzlose Verurteilte *οὐ γίνεται τούτου δεσπότης. ἢ γὰρ ἂν ἰν ῥέμ, καὶ οὐ κοντραρίαν ἐκίνει κομμοδάτι ἀγωγήν.* — Vgl. auch allgemein Nerat. D. 6, 2, 17.

2. Urteil im dinglichen Prozeß.

(Die Erörterung von Pap. D. 6, 1, 63 wird Raummangels halber im nächsten Bande der Zeitschrift als Miszelle nachgebracht werden.)

C. Doloser Besitzverlust.

Hat der[1]) Besitzer (Inhaber) die Sache böswillig aus der Hand gegeben und wird er nun auf die beschworene Litisästimation verurteilt, so scheint auf den ersten Blick seine Rechtsstellung die gleiche zu sein wie die des nichtdolosen Entsitzers: einerseits fehlt ihm mangels Besitzes zunächst jedenfalls die a. qu. Publiciana, andererseits müßte er ebenfalls emptoris loco sein, denn es gibt ja kein gegen ihn aus dem Dolus abzuleitendes Argument, das nicht auch gegen den zum quasi emptor erhobenen contumax verfinge. Aber die Rechtsordnung sieht sich dem böslichen Entsitzer gegenüber trotzdem in einer anderen Lage als gegenüber dem contumax. Dieser hat nur eine Schwäche: seinen Dolus, jener hat deren zwei: Dolus und fehlenden Besitz. Dem contumax ist mit den Mitteln des Prozesses die Sache nun einmal nicht zu entwinden, und so bleibt im Interesse der Rechtssicherheit[2]) nichts anderes übrig, als seine Macht anzuerkennen und ihn als Ersitzungsbesitzer zu betrachten. Der bösliche Entsitzer dagegen steht im Machtpunkte um nichts besser da als der Eigentümer: hier ist die Rechtsordnung frei, wem von beiden sie die Mittel zur Besitzerlangung zur Verfügung stellen soll. Legt sie auf den Dolus das Gewicht, will sie also zugunsten eines Dolosen Zessionen und Kautionen nicht erzwingen, sondern die weitere Sachverfolgung dem Eigentümer belassen, so bedeutet die Zahlung der dem Entsitzer auferlegten Litisästimation für den einen reine Bereicherung, für den anderen reine Strafe. Bildet umgekehrt der gerechte Ausgleich der Vermögensinteressen den Leitgedanken, so muß der

[1]) Gut- oder bösgläubige. Auf den Gegensatz kommt es hier ebensowenig an wie oben S. 486 N. 3; vgl. insoweit Pernice, Lab. II 2, 71ff., ferner Partsch, Alienatio iud. mut. ca. facta 41 N. 2 und für das heutige deutsche Recht sehr zutreffend Siber-Planck 111f.

[2]) Siehe oben S. 478f.

Mechanismus der Zessionen und Kautionen und damit[1]) die Idee des *emptoris loco haberi* zugunsten jedes Entsitzers zur Geltung kommen, mag er dolos sein oder nicht.[2]) Auf den Wegzeichen am Kreuzungspunkt stehen also wieder einmal die Worte: Privatstrafe — Schadensersatz.

Die Klassiker sind beide Wege gegangen, jeden zu seiner Zeit. Zwei kurze Fragmente heben sich klar und scharf voneinander ab.

Marcell. 4 dig. D. 42, 1, 12: In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.

Paul. 13 Sab. D. 6, 1, 69: Is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum.

Allerdings spricht Marcellus von der Zession, Paulus von dem Zessionsversprechen. Aber das macht keinen Unterschied. Jede der beiden Rechtsfolgen zieht, wie begrifflich geboten und durch weitere Belege bestätigt, die ihr verwandten anderen zwangsläufig nach sich.[3]) Bejaht Marcellus zugunsten des böslichen Entsitzers im Vertragsjudicium ausdrücklich nur den Zessionszwang, so befürwortet er damit zweifellos[4]) auch die Zessionskaution, ferner aber auch für den Fall der Besitzerlangung des Klägers die Rückleistungskaution[5]) und, wenn nötig, die actio contraria[6]) sowie endlich bei erneuter Besitzergreifung des Verurteilten dessen a. qu. Publiciana[7]) und somit die vollendete Ent-

[1]) Vgl. oben S. 495 N. 3.

[2]) Aus diesem Grunde spricht Siber-Planck 112 den Abtretungsanspruch aus § 255 BGB. mit Recht auch dem dolosen Entsitzer zu.

[3]) Anders Siber, Passivleg. 139f.

[4]) Siehe auch oben S. 501 N. 6.

[5]) Sie ist sogar überliefert, wenn man den Schluß von Paul. D. 6, 1, 47 verwerten darf: siehe oben S. 503 N. 3.

[6]) An eine a. contraria zwecks Abtretung denkt vielleicht überhaupt Marcellus (*condemnato*), doch könnte er auch das Verfahren in jure des Judikatsprozesses im Sinne haben; anders Bekker, Akt. II 170 N. 32. — Hat nicht Tribonian gekürzt und Marcellus vom officium iudicis der Vertragsklage gesprochen?

[7]) Sie ist, wenigstens mittelbar, durch Paul. D. 6, 1, 47 (*ex vol. actoris*) positiv zu belegen: vgl. oben S. 497 N. 4.

eignung. Versagt andererseits Paulus dem böslichen Entsitzer im dinglichen oder vordinglichen Prozeß[1]) das Zessionsversprechen, so deutet er doch selbst schon durch *quoque* darauf hin, daß damit nur ein Glied aus der Kette der Rechtsfolgen bezeichnet ist[2]): dieser Entsitzer kann dann natürlich auch die Zession der actio gegen den etwa schon bekannten Drittbesitzer nicht verlangen[3]), der vielmehr einer Vindikation durch den Kläger selbst entgegensieht.[4]) Um so weniger ist der Kläger seinerseits, falls er mittels dieser Vindikation oder sonstwie die Sache wiedererhält, zur Rückleistung oder vorher zur Kautionsleistung an den Entsitzer anzuhalten[5]), sondern er kann umgekehrt gegebenenfalls auch gegen den Entsitzer vindizieren[6]), dem keine exceptio (rei qu. vend. et trad.) zu Gebote steht, wie ihm ja auch gegen Dritte (nach etwa wiedererlangtem Besitz) die a. qu. Publiciana verschlossen bleibt.[7])

Die hiernach diametral entgegengesetzte Stellungnahme beider Fragmente zu erklären, ist die Interpolationensonde bisher mit Recht nicht angelegt worden[8]): denn wenn auch vielleicht namentlich das fr. 12 bei der Loslösung aus dem Urtext eine Veränderung erlitten hat[9]), so wird diese seinen Sinn schwerlich berührt haben. Die moderne Forschung

---

[1]) Hierzu Beseler I 28; Lenel, Grünhuts Z. 37, 538 N. 40. Von welchen von beiden Aktionen Paulus gesprochen hat, ist aus der Inskription nicht zu entnehmen (oben S. 492f.) und sachlich ohne Belang (vgl. oben S. 477 N. 2).

[2]) Ganz ebenso wie Pomponius in D. eod. 70 (oben S. 492 N. 6).

[3]) So denn auch ausdrücklich Pap. D. 6, 1, 63 init. (*non fraude*).

[4]) Marcell.-Ulp. D. 5, 3, 13, 14; Pap. D. 46, 3, 95, 9.

[5]) Nicht dawider der Schluß von Paul. D. 6, 1, 47, der, auch wenn er dem Sinne nach klassisch sein sollte (siehe oben S. 503 N. 3), doch immer nur auf die *ex voluntate actoris*-Fälle sich beziehen würde, zu diesen aber nach dem klaren D. eod. 69 der vorliegende Fall eben nicht gehört.

[6]) Anders Puchta, Instit.[9] II 170.

[7]) Denn der wiedergewonnene Besitz wäre gewiß nicht *ex voluntate actoris* (D. 6, 1, 47); sonst hätte dieser ja seine Aktionen abgetreten.

[8]) Nur Beseler III 188 bewältigt das Problem durch den einfachen Zusatz zum fr. 12: „Diese Singularität ist wohl byzantinische Milde". Justinian ein Beschirmer der Arglist?

[9]) So gut das *quamquam* zum depositum paßt, so sehr würde man für das commodatum ein *etiamsi* vorziehen; siehe auch oben S. 506 N. 6.

macht den Kontrast sogar noch drastischer, wenn sie davon ausgeht, daß Marcellus hier gerade den Ediktstitel ***de rei vindicatione*** behandelt und so mit seinem ***quamquam***-Satz einen deutlichen Fingerzeig auf den dinglich belangten Entsitzer gibt[1]), den er dort ex professo betrachtet haben wird.[2]) Wie von jeher bemerkt, liegt der Gegensatz in der Verschiedenheit der zur Verurteilung führenden Aktionen. Seinen Grund suchte man lange Zeit[3]) — völlig abwegig[4]) — in dem Gegenüber von strikten und bonae fidei-Aktionen, während man seit 100 Jahren die Zurücksetzung des dinglich belangten Entsitzers vorwiegend damit erklärt[5]), daß nur dieser (nicht aber der Vertragsgegner) durch die Besitzaufgabe dem Rechtsstreit auszuweichen suche.[6]) Aber ganz abgesehen davon, daß das klassische Recht dieser Absicht durchschlagend dadurch begegnete, daß es im Ergebnis[7]) den dolosen Entsitzer zur Streiteinlassung und Ästimationsleistung genau so zwang wie den Vertragsschuldner, hätte doch dann die Grenze nicht zwischen dinglichen und vertraglichen Aktionen, sondern innerhalb der ersteren gezogen werden müssen, je nachdem die Entäußerung vor oder nach der Streitbefestigung vor sich gegangen war: denn der Besitzverlust während des Prozesses änderte an der Passivlegitimation überhaupt nichts mehr, selbst dann nicht, wenn ein Dolus gar nicht in Frage stand.[8])

Der wirkliche Grund ergibt sich ungezwungen aus den

---

[1]) Treffend Lenel, Pal. I 594 N. 3.

[2]) So bei Ulp. D. 5, 3, 13, 14 (Lenel, Marc. Nr. 28).

[3]) So gl. non debet zu D. 6, 1, 69; Cujaz, Opp. (ed. Mutin.) IV 290; weitere Lit. bei Mühlenbruch, Zession 411 N. 374.

[4]) Dagegen bereits Mühlenbruch a. a. O., weil die fides bona keinen Freibrief für dolus gibt. Auch ist die Vindikation im Hinblick auf die Möglichkeit von judizialen Zessionen gewiß keine „strikte" Klage (D. 6, 1, 21; eod. 63) und endlich das Kommodat kein bonae fidei iudicium, wie Kübler, ZSSt. 38, 75ff. und Biondi, Iud. bonae fidei I (1920) 176, 183f., 259ff. erneut behaupten (hierüber anderwärts).

[5]) So Mühlenbruch (1. Aufl. 1817: 383f. = 3. Aufl.) 411f.; Wetzell, Vind.-Proz. 226f.; Schmid, Zession I 264f.; Siber, Passivleg. 140 N. 1.

[6]) de Ruggiero, Bull. 19, 19 N. 1 verzichtet auf eine Lösung.

[7]) Vgl. Levy, Konk. I 68 N. 5.

[8]) Lit. bei Levy, ZSSt. 36, 56 N. 1.

obigen[1]) Aufstellungen über den Charakter der Rechtswirkungen.[2]) Der Dolus bedeutet, je nachdem er innerhalb oder außerhalb eines Vertragsverhältnisses begangen wurde, für den Klassiker einen ganz verschiedenen Tatbestand. Der erstere ist, soweit er mit der Vertragsklage geltend gemacht wird[3]), weder selbst deren causa[4]) noch sonst selbständigen Rechtsfolgen zugänglich, sondern lediglich (bald notwendiges, bald zufälliges)[5]) Tatbestandsmerkmal der Vertragsverletzung, die nach allgemeiner Regel immer nur zur rei persecutio, insbesondere zum Schadensersatz, niemals zur Bestrafung des Dolosen führen kann[6]): *hic dolus ex contractu reique persecutione descendit ideoque* haften die Erben des dolosen Vertragsschuldners nicht bloß auf die Bereicherung[7]) und er selbst möglicherweise de peculio, aber nicht noxal[8]). Und ebenso muß er, wenn er als böslicher Entsitzer zur beschworenen Litisästimation verurteilt werden soll, vom Kläger alles fordern dürfen, was ihm den Regreß auf Herausgabe sichert und dem Gegner die nochmalige Sachverfolgung abschneidet, weil nur so der Grundgedanke sich durchsetzt, daß, wer *ex contractu agit, rem tantum persequitur*[9]): der Depositar oder Kommodatar gelangt zur Kaution, Zession und später gegebenenfalls zur a. qu. Publiciana, weil er ex contractu nicht gestraft werden kann.

Ganz anders[10]) der außervertragliche Dolus: er ist Delikt und verlangt Strafe. So ohne weiteres dann, wenn

---

[1]) S. 505 f.

[2]) Einen Schritt auf diesem Wege macht schon Schulz, ZSSt. 27, 99.

[3]) Ist er zugleich ein typisches Delikt, so folgt er innerhalb der Deliktsklage deren Gesetzen.

[4]) Levy, Konk. I 93 ff.

[5]) Depositum — commodatum.

[6]) Levy, Privatstrafe 13 f.

[7]) Ulp. D. 16, 3, 7, 1; vgl. Pomp. D. 44, 7, 12 i. V. m. D. 50, 17, 38; Paul. D. 44, 7, 49.

[8]) Paul. D. 44, 7, 49; C. 2, 34, 1 (a. 200). [9]) Nach Gai. IV 7.

[10]) Hat Pomponius diesen Gegensatz vielleicht geradezu in dem gleichen Zusammenhange betont? D. 44, 7, 12 + D. 50, 17, 38 (Lenel, Pomp. Nr. 742) gehören (vgl. auch Lenel, Pal. II 137 N. 3) zur Rubrik *de iudiciis* und, was noch mehr sagt, in die nächste Nähe von D. 6, 1, 70 (Pomp. Nr. 740); hierzu besonders oben S. 492 N. 6.

eine selbständige actio ex delicto in Frage steht. So aber auch in den Ausnahmefällen, in denen er aus Gründen der Rechtsökonomie mittels einer doli clausula im Rahmen einer an sich sachverfolgenden actio geltend gemacht wird. Das ist für die Dolusklausel der actiones de peculio und tributoria schon anderswo dargetan worden[1]) und gilt für die Klausel der actio ad exhibendum nicht weniger (D. 10, 4, 12, 6).[2]) Dem entspricht es nur, daß da, wo — wie bei der hered. petitio nach dem Juventianischen Senatuskonsult — ohne besonderen Anhalt in der Formel der ante litem contestatam dolo desinens possidere die Passivlegitimation erhielt, die ihm auferlegte Litisästimation wie eine Strafe behandelt wurde.[3]) Und Gleiches galt endlich ohne Zweifel auch gegenüber dem post l. c. d. d. p.[4]), der auf Grund der Restitutionsklausel[5]) der hered. petit. oder rei vind. oder einer anderen Formel verurteilt worden war. Zwar war der Grund der Verurteilung hier der, daß zugunsten des Klägers für Restitution und Ästimation der Augenblick der Streitbefestigung maßgebend blieb, weshalb ja auch der nichtdolose Entsitzer der Kondemnation nicht entging.[5]) Aber diese Tatsache bildete hier im vertragsfremden Gebiet[6]) kein Hindernis, den Entäußerer, falls er dolos vorgegangen war, als strafwürdig zu betrachten und ihm deshalb jegliches Äquivalent ebenso abzusprechen wie bei der Erbschaftsklage dem ante l. c. d. d. p.[7]) Das ist es, was Paulus (fr. 69) im technischen Sinne ein *punitur* nennt.[8])

---

[1]) Levy, Konk. I 153f., 155.

[2]) Vgl. Levy, Privatstrafe 89 N. 10, woselbst auch über das interd. qu. fundum (D. 6, 1, 52; vgl. dazu Lenel, ZSSt. 39, 154 N. 1; Beseler IV 266).

[3]) Marcell.-Ulp. D. 5, 3, 13, 14; Pap. D. 46, 3, 95, 9. Näheres m. Konkurrenz II § 169.

[4]) Vgl. das *etiamsi* in D. 5, 3, 20, 6c.

[5]) Levy, ZSSt. 36, 55f.

[6]) Auf dieses beschränken sich bezeichnenderweise die Fragmente, die das bösliche Entsitzen als *delinquere* bezeichnen: Lab.-Ulp. D. 29, 4, 1, 12; Paul. D. 43, 5, 4.

[7]) Nicht hierher gehört Paul. D. 6, 1, 7, wo lediglich eine *dare*-Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe zur Verurteilung geführt hat (Levy, Konk. I 26).

[8]) So auch Steph. Index i. f. zu D. 5, 3, 13, 14 (Heimb. IV 199):

III. Beginn des Ersitzungsbesitzes.

Im vorstehenden wurde zugrunde gelegt, daß der Ersitzungsbesitz und die Aktivlegitimation zur a. qu. Publiciana für den contumax mit seiner Verurteilung, für die privilegierten Nichtbesitzer mit dem Zeitpunkt ihrer späteren Besitzerlangung beginne. In keinem dieser Fälle kommt es also darauf an, daß der Kläger wegen der Judikatsschuld auch befriedigt ist. Das mag in hohem Grade unbillig erscheinen, weil so dem Verurteilten aus seinem rechtswidrigen Verhalten eine Bereicherung erwächst, ehe er noch um einen Heller ärmer geworden ist. Und so läßt denn auch die fast allgemeine Lehre die Enteignung erst mit der Schadloshaltung des Klägers eintreten.[1]) Nicht ohne Anhalt in der Überlieferung. Denn eine Reihe von Belegen knüpft die typischen Rechtsfolgen (Ersitzungsbesitz oder quasi emptio, a. qu. Publiciana oder entsprechende exceptio) an die Voraussetzung, daß der Beklagte die Ästimation *sustulerit*[2])

ὁ γὰρ δόλῳ παυσάμενος νέμεσθαι δβ ποένα μ καταδικάζεται. — Indessen tragen die Byzantiner — abweichend von dem strengen Sprachgebrauch der Klassiker — kein Bedenken, auch die Rechtsfolgen aus reinen Ersatzklagen hier und da als poena zu bezeichnen (nicht im Widerspruch mit Levy, Priv. 67). So bei Vertragsklagen z. B. D. 47, 2, 62, 5 i. f. (Eisele, Arch. ziv. Prax. 84, 331 ff.; Kübler, ZSSt. 38, 95f. und viele andere); zur a. tutelae vgl. die Verweisungen bei Levy, Konk. I 235 N. 8 sowie D. 12, 3, 8 i. f. (Biondi, Act. arbitrariae I 198 N. 4; P. Krüger) und D. 26, 7, 38, 2 (Levy, Konk. I 236f.). Im Bereich der a. rer. amot. ist das überflüssige und laienhafte *etsi lenius coercetur mulier* (D. 25, 2, 29) gewiß ebenso unecht (anders noch Levy, Priv. 114 N. 4 zu c) wie bei der cond. furtiva das *impune* (D. 15, 1, 3, 12: Levy, Konk. I 446 N. 6). Vgl. auch allgemein *poenas* in Just. C. 7, 47, 1, 1 i. f.

[1]) Puchta, Inst. [9] II 170; Wetzell, Vind.-Proz. 224 N. 1; Bechmann, Kauf II 567f.; Sohm, Inst. [15] 325; Mommsen, Strafr. 756 N. 3; Perozzi, Ist. I 462; Mitteis, Z.S.St. 33, 206f.; Steiner, Datio in sol. 70f. — Naber, Mnemosyne 18 (1890) 151 ff. erhebt Zweifel, ohne zur Entscheidung zu kommen; Siber, Passivleg. 138 ff., 142 schwankt zwischen Zahlung, Verurteilung und Eidesleistung als Enteignungsursache. — Zutreffend im Ergebnis Pringsheim, Kauf mit fr. Geld 76f.

[2]) *Litis aestimationem sufferre* gehört in diese Reihe und nicht mit *l. a. subire* zusammen (unten S. 512 N. 3). Zwar ist an dem ursprünglichen Sinn = „ertragen, sich gefallen lassen" nicht zu zweifeln (vgl. außer den allgem. Wörterbüchern insbesondere zu Gai. IV 89 Partsch zit. oben S. 487 N. 8), aber für die klassische Zeit steht der weiterent-

eine selbständige actio ex delicto in Frage steht. So aber auch in den Ausnahmefällen, in denen er aus Gründen der Rechtsökonomie mittels einer doli clausula im Rahmen einer an sich sachverfolgenden actio geltend gemacht wird. Das ist für die Dolusklausel der actiones de peculio und tributoria schon anderswo dargetan worden[1]) und gilt für die Klausel der actio ad exhibendum nicht weniger (D. 10, 4, 12, 6).[2]) Dem entspricht es nur, daß da, wo — wie bei der hered. petitio nach dem Juventianischen Senatuskonsult — ohne besonderen Anhalt in der Formel der ante litem contestatam dolo desinens possidere die Passivlegitimation erhielt, die ihm auferlegte Litisästimation wie eine Strafe behandelt wurde.[3]) Und Gleiches galt endlich ohne Zweifel auch gegenüber dem post l. c. d. d. p.[4]), der auf Grund der Restitutionsklausel[5]) der hered. petit. oder rei vind. oder einer anderen Formel verurteilt worden war. Zwar war der Grund der Verurteilung hier der, daß zugunsten des Klägers für Restitution und Ästimation der Augenblick der Streitbefestigung maßgebend blieb, weshalb ja auch der nichtdolose Entsitzer der Kondemnation nicht entging.[5]) Aber diese Tatsache bildete hier im vertragsfremden Gebiet[6]) kein Hindernis, den Entäußerer, falls er dolos vorgegangen war, als strafwürdig zu betrachten und ihm deshalb jegliches Äquivalent ebenso abzusprechen wie bei der Erbschaftsklage dem ante l. c. d. d. p.[7]) Das ist es, was Paulus (fr. 69) im technischen Sinne ein *punitur* nennt.[8])

---

[1]) Levy, Konk. I 153f., 155.

[2]) Vgl. Levy, Privatstrafe 89 N. 10, woselbst auch über das interd. qu. fundum (D. 6, 1, 52; vgl. dazu Lenel, ZSSt. 39, 154 N. 1; Beseler IV 266).

[3]) Marcell.-Ulp. D. 5, 3, 13, 14; Pap. D. 46, 3, 95, 9. Näheres m. Konkurrenz II § 169.

[4]) Vgl. das *etiamsi* in D. 5, 3, 20, 6c.

[5]) Levy, ZSSt. 36, 55f.

[6]) Auf dieses beschränken sich bezeichnenderweise die Fragmente, die das bösliche Entsitzen als *delinquere* bezeichnen: Lab.-Ulp. D. 29, 4, 1, 12; Paul. D. 43, 5, 4.

[7]) Nicht hierher gehört Paul. D. 6, 1, 7, wo lediglich eine *dare*-Klage auf Zahlung der Vertragsstrafe zur Verurteilung geführt hat (Levy, Konk. I 26).

[8]) So auch Steph. Index i. f. zu D. 5, 3, 13, 14 (Heimb. IV 199):

III. Beginn des Ersitzungsbesitzes.

Im vorstehenden wurde zugrunde gelegt, daß der Ersitzungsbesitz und die Aktivlegitimation zur a. qu. Publiciana für den contumax mit seiner Verurteilung, für die privilegierten Nichtbesitzer mit dem Zeitpunkt ihrer späteren Besitzerlangung beginne. In keinem dieser Fälle kommt es also darauf an, daß der Kläger wegen der Judikatsschuld auch befriedigt ist. Das mag in hohem Grade unbillig erscheinen, weil so dem Verurteilten aus seinem rechtswidrigen Verhalten eine Bereicherung erwächst, ehe er noch um einen Heller ärmer geworden ist. Und so läßt denn auch die fast allgemeine Lehre die Enteignung erst mit der Schadloshaltung des Klägers eintreten.[1]) Nicht ohne Anhalt in der Überlieferung. Denn eine Reihe von Belegen knüpft die typischen Rechtsfolgen (Ersitzungsbesitz oder quasi emptio, a. qu. Publiciana oder entsprechende exceptio) an die Voraussetzung, daß der Beklagte die Ästimation *sustulerit*[2])

ὁ γὰρ δόλῳ παυσάμενος νέμεσθαι ὀβ ποένᾳμ καταδικάζεται. — Indessen tragen die Byzantiner — abweichend von dem strengen Sprachgebrauch der Klassiker — kein Bedenken, auch die Rechtsfolgen aus reinen Ersatzklagen hier und da als poena zu bezeichnen (nicht im Widerspruch mit Levy, Priv. 67). So bei Vertragsklagen z. B. D. 47, 2, 62, 5 i. f. (Eisele, Arch. ziv. Prax. 84, 331ff.; Kübler, ZSSt. 38, 95f. und viele andere); zur a. tutelae vgl. die Verweisungen bei Levy, Konk. I 235 N. 8 sowie D. 12, 3, 8 i. f. (Biondi, Act. arbitrariae I 198 N. 4; P. Krüger) und D. 26, 7, 38, 2 (Levy, Konk. I 236f.). Im Bereich der a. rer. amot. ist das überflüssige und laienhafte *etsi lenius coerceiur mulier* (D. 25, 2, 29) gewiß ebenso unecht (anders noch Levy, Priv. 114 N. 4 zu c) wie bei der cond. furtiva das *impune* (D. 15, 1, 3, 12: Levy, Konk. I 446 N. 6). Vgl. auch allgemein *poenas* in Just. C. 7, 47, 1, 1 i. f.

[1]) Puchta, Inst. [9] II 170; Wetzell, Vind.-Proz. 224 N. 1; Bechmann, Kauf II 567f.; Sohm, Inst. [15] 325; Mommsen, Strafr. 756 N. 3; Perozzi, Ist. I 462; Mitteis, Z.S.St. 33, 206f.; Steiner, Datio in sol. 70f. — Naber, Mnemosyne 18 (1890) 151ff. erhebt Zweifel, ohne zur Entscheidung zu kommen; Siber, Passivleg. 138ff., 142 schwankt zwischen Zahlung, Verurteilung und Eidesleistung als Enteignungsursache. — Zutreffend im Ergebnis Pringsheim, Kauf mit fr. Geld 76f.

[2]) *Litis aestimationem sufferre* gehört in diese Reihe und nicht mit *l. a. subire* zusammen (unten S. 512 N. 3). Zwar ist an dem ursprünglichen Sinn = „ertragen, sich gefallen lassen" nicht zu zweifeln (vgl. außer den allgem. Wörterbüchern insbesondere zu Gai. IV 89 Partsch zit. oben S. 487 N. 8), aber für die klassische Zeit steht der weiterent-

(Pomp. D. 47, 2, 9, 1; Jul. D. 25, 2, 22 pr.; Jul.-Paul. D. 41, 4, 2, 21 [bis]; Ulp. D. 21, 2, 21, 2) oder *praestiterit* (Jul. D. 25, 2, 22 pr.) oder daß der Kläger sie *consecutus sit* (Jul. D. 13, 7, 28 pr.) oder *perceperit* (Pap. D. 6, 1, 63) oder *acceperit* (Paul. D. 6, 1, 35, 2; 41, 3, 4, 13) oder *oblatam susceperit* (Ulp. D. 13, 6, 5, 1). Eine andere Gruppe aber erfordert nur, daß der Beklagte *litis aestimationem optulerit* (Jul. in Ulp. D. 6, 2, 7, 1; Gai. D. 20, 6, 2; 41, 4, 1; Paul. D. 10, 2, 29 [bis]; Ulp. D. 27, 9, 3, 2), und eine dritte begnügt sich damit, daß die *lis aestimata* sei[1]) (Jul. D. 25, 2, 22 pr. init.; Paul. D. 6, 1, 46; 47, 2, 85; Ulp. D. 6, 2, 7, 1; 41, 4, 3; 42, 4, 15[2])) oder daß der Beklagte *litis aestimatione damnatus sit* (Nerat. D. 16, 3, 30) oder *l. aestimationem subierit*[3]) (Ulp. 41, 3, 27 i. f.). Eine Meinungsverschiedenheit unter den Juristen läßt sich nicht annehmen, da Julian, Paulus und Ulpian in allen drei Gruppen erscheinen und sogar innerhalb desselben Fragmentes bisweilen die Ausdrücke wechseln.[4]) Ebensowenig sind die Kompilatoren an diesem Stande der Dinge beteiligt. Ihr etwaiger Eingriff hätte hier notwendig in der Richtung der ersten Gruppe gehen und eine Verfälschung von Stellen der dritten Gruppe zum Ziele haben müssen: wie sie ja doch im Konkurrenz-

---

wickelte Sprachgebrauch = „leisten, zahlen" fest: so etwa im Noxalrecht Gai. IV 75, Gai. D. 9, 4, 20; Ulp. D. 21, 1, 17, 18 und dazu Lenels Formel Ed. 190. In unserem Gebiet wird die Gleichsetzung mit *praestare* überdies durch Jul. D. 25, 2, 22 pr. bewiesen.

1) *Litem aestimare* bezeichnet ebenso wie *litis aestimationem facere* (dazu später Konk. II § 114) die Abschätzung des Streitgegenstandes in Geld, insbesondere in klassischer Zeit die Fällung des Geldurteils, also eine Tätigkeit des Geschworenen. Ganz vereinzelt klingt noch die ältere Bedeutung (vgl. Partsch, vorige Note) in D. 9, 2, 26 nach, wo Paulus das *litem aestimare* des Klägers dem *aestimationem solvere* des Beklagten gegenüberstellt; vgl. auch das wohl echte *aest. facere* in Ulp. D. 27, 9, 10 (darüber Konk. II § 132). Vom Beklagten dagegen wird *l. aestimare* nirgends gebraucht; eine Interpolation in Paul. D. 39, 3, 11, 1 (Levy, Konk. I 387 f.).

2) Insoweit echt: siehe oben S. 483 N. 1.

3) Die Bedeutung von *subire* = „über sich ergehen lassen, auf sich nehmen" wird durch Ulp. D. 16, 1, 2, 5 bestätigt.

4) In Jul. D. 25, 2, 22 pr. zwischen quaestio und responsum; in Jul. Ulp. D. 6, 2, 7, 1 (kein sachlicher Unterschied der Rechtsfolgen!). Auch die Paulusstellen D. 41, 3, 4, 13 und D. 47, 2, 85 eignen sich zu einem Vergleich.

recht den Aktionenverlust des Gläubigers, im Kaufrecht die Änderung der dinglichen Rechtslage jeweils auf den Moment der Leistung verschoben haben. Von einem solchen Eingriff ist aber in den Fragmenten der ersten beiden Gruppen nichts zu bemerken. Gegen ihn spricht nicht bloß die verhältnismäßig große Zahl von überlieferten Stellen der dritten Gruppe, sondern namentlich die wenig einheitliche Haltung, die ihnen gegenüber die byzantinischen Digestenkommentatoren an den Tag legen.[1])

Der klassische Rechtszustand ergibt sich aus der zweifellosen Tatsache, daß die Rückleistungs- und Zessionsversprechen, vor allem aber die Zessionen selbst nicht etwa nur für den Fall der späteren Ästimationsleistung herbeigeführt, auch nicht erst vom Prätor in jure des Judikatsprozesses veranlaßt, sondern bereits vor der Verurteilung vom Geschworenen dem Kläger abgenötigt werden.[2]) Erhält der verurteilte Nichtbesitzer auf diese Weise sofort die Möglichkeit, die Herausgabe der Sache von jedermann zu erstreiten, so muß er von der Besitzerlangung an auch mit dinglicher Klage und entsprechender Einrede ausgestattet sein. Diese Erscheinung ist um nichts merkwürdiger als im Konkurrenzrecht die Konsumption durch Streitbefestigung[3]) oder der Remissionszwang[4]), im Pekuliarrecht die

[1]) Mit dem Digestentext betonen die Basiliken zu D. 41, 4, 3 und D. 42, 4. 15 die Maßgeblichkeit der Litisästimation (Heimb. V 65, I 469). Im Gegensatz zu ihm legen sie zu D. 47, 2, 85 (H. V 532) ebenso wie Dorotheos zu D. 25, 2, 22 pr. (H. III 308 schol. 1) und D. 47, 2, 85 (H. V 533) auf die Zahlung das Gewicht. Bald bringt Stephanos, aber nicht der Basilikentext die ursprüngliche Fassung (so zu D. 6, 1, 46: Zach. suppl. p. 25), bald wieder der Basilikentext, aber nicht Stephanos (so zu D. 16, 3, 30: H. II 57). In allgemeineren Äußerungen der Byzantiner überwiegt, wie begreiflich, das Zahlungsmoment, und doch bemerkt Stephanos in seiner *παραγραφή* zu D. 13, 6, 13 pr. (H. II 15) aus freien Stücken: *'Επειδὴ γὰρ ἡ καταδίκη δεσπότην οὐ ποιεῖ τὸν κομμοδατάριον, εἰ μὴ πάρεστιν μήτε ἐστὶ ὑπὸ τὴν αὐτοῦ κατοχήν* . . . ., und noch grundsätzlicher: *τοσοῦτον γάρ, ἐν ᾧ μή ἐστιν ἐν κατοχῇ τοῦ πράγματος ὁ καταδικασθείς, οὐ γίνεται τούτου δεσπότης διὰ τῆς καταδίκης, ὅτι οὐ καταβαλὼν δεσπότης γίνεται* . . . .: das argumentum e contrario auf die enteignende Wirkung der condemnatio ist hier unabweislich.

[2]) Eine große Zahl weiterer Beispiele dafür im II. Band m. Konkurrenzrechts.

[3]) Vgl. Levy, Konk. I 188ff. [4]) Konk. II § 80.

Regreßforderung des verurteilten *dominus servi* gegen den *dominus socius.*[1]) Sie ist auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit durchaus nicht unbegreiflich. Mit dem Urteil erwarb der Gläubiger bisweilen eine fällige Forderung gegen etwaige Urteilsbürgen[2]), unter allen Umständen aber das Recht zur Zwangsvollstreckung, die die Person und die Vermögensgesamtheit des Verurteilten ergriff. Gegenüber dieser Drohung wird der solvente Ästimationsschuldner regelmäßig gezahlt haben; tat er es nicht, so erstreckten sich *missio in bona* und *venditio bonorum* auch auf die etwa in seinem Ersitzungsbesitz befindliche *res litigiosa* oder die *actio cessa*, und der Urteilsgläubiger gewann so möglicherweise die Aussicht, *res* oder *actio* für die Urteilssumme vom *bonorum emptor* loszukaufen. So versteht es sich, wenn die klassischen Zeugnisse bald von Zahlung[3]) oder Angebot der Urteilssumme als dem praktischen Regelfalle ausgehen, bald theoretisch korrekt den Urteilszeitpunkt zugrunde legen. Die (bezeichnenderweise wechselnde[4])) Betonung von Leistung oder Angebot verneinte die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Urteils nicht, die Hervorhebung des Urteils dagegen wäre aus historisch-kritischen wie aus dogmatischen Gründen gleich unverständlich, wenn damit in Wahrheit nur eine Vorstufe für den entscheidenden Akt der Leistung erreicht gewesen wäre. Auch für die Doppelung der Terminologie bietet der Rückgriff des *dominus socius de peculio condemnatus* ein klärendes Gegenstück.[5])

---

[1]) Levy I 242. [2]) So Pringsheim, Kauf mit fr. Geld 76 N. 6.

[3]) Deren Erwähnung bisweilen überdies durch besondere Umstände gefordert wird: z. B. in D. 21, 2, 21, 2 (vgl. Rabel, Haftung d. Verk. 73f.) oder D. 47, 2, 9, 1 (oben S. 489 N. 4).

[4]) S. auch Pringsheim 76 N. 8.

[5]) Die Verurteilung ist hinreichende Regreßgrundlage nach Paul. D. 10. 3, 8, 4 und prinzipiell Paul. D. eod. 15 sowie C. 3, 36, 13 (Diocl.). Gleichwohl sprechen Jul. D. 10, 3, 25 und Gai. D. 15, 1, 27, 8 von Urteil + Zahlung, und Afric. D. 10, 3, 9 setzt lediglich ein *damnatus esset* voraus, um dann die Regreßklage trotzdem ohne weiteres *ad reciperandam partem pecuniae* abzielen zu lassen: das ist genau die gleiche Annäherung beider Tatbestände wie oben S. 512 N. 4. Vgl. dazu auch Levy, Konk. I 252 N. 1; anders Berger, Teilungsklagen 135, 173 N. 1, 185f., der hier an eine Neuerung des Paulus denkt.

XX.

Atquin.

Kritische Studien zur Interpolationenforschung.

Von

Herrn Professor Dr. **Bernhard Kübler**

in Erlangen.

Im vierten Bande seiner Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 1921, S. 170f. behandelt Gerhard Beseler das Wort atquin, und wie nicht anders zu erwarten war, erklärt er es an allen Stellen klassischer Juristen, an denen es vorkommt, mögen sie uns innerhalb der Digesten oder außerhalb derselben überliefert sein, für unecht. Zwar gibt er S. 191 zu, daß es wie für den Dialektiker geschaffen und ein gutes, edeles Wort der goldenen Latinität ist. „Aber die klassischen Juristen, Mathematiker in ihrer Sprache und jeglichem sprachlichen Überflusse abhold, haben gar manches gute Wort, dessen sie entraten konnten, aus ihrer Sprache verbannt. Und *atquin* hat etwas Unruhiges an sich, das ihnen mißbehagen mochte." Schon Partsch, Z. S. S. 33, 612 hatte das Wort an einigen Stellen verdächtigt.

Wenn es nun an den etwas über vierzig Stellen, an denen es begegnet, überall interpoliert wäre, so sollte man doch meinen, daß es bei den Byzantinern besonders beliebt gewesen sei. Aber nach dem Vocabulario von Longo gebraucht es Justinian ein einziges Mal, Cod. 5, 12, 31, 2, im Codex Theodosianus kommt es nach dem Index von Gradenwitz überhaupt nicht vor, und die Wörterbücher von Dirksen und Heumann-Seckel geben auch keine Belege ans dem Codex.[1]) Das ist doch recht seltsam. Danach möchte man doch glauben, daß, wenn auch alle Stellen mit atquin überarbeitet wären, gerade das Wort atquin aus dem ursprünglichen Text herstammen und die Verderbnis anderswo stecken müßte. Jedenfalls gilt auch hier, was ich Beseler schon

[1]) Bei Brissonius fehlt das Wort.

Regreßforderung des verurteilten *dominus servi* gegen den *dominus socius.*[1]) Sie ist auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit durchaus nicht unbegreiflich. Mit dem Urteil erwarb der Gläubiger bisweilen eine fällige Forderung gegen etwaige Urteilsbürgen[2]), unter allen Umständen aber das Recht zur Zwangsvollstreckung, die die Person und die Vermögensgesamtheit des Verurteilten ergriff. Gegenüber dieser Drohung wird der solvente Ästimationsschuldner regelmäßig gezahlt haben; tat er es nicht, so erstreckten sich *missio in bona* und *venditio bonorum* auch auf die etwa in seinem Ersitzungsbesitz befindliche *res litigiosa* oder die *actio cessa*, und der Urteilsgläubiger gewann so möglicherweise die Aussicht, *res* oder *actio* für die Urteilssumme vom *bonorum emptor* loszukaufen. So versteht es sich, wenn die klassischen Zeugnisse bald von Zahlung[3]) oder Angebot der Urteilssumme als dem praktischen Regelfalle ausgehen, bald theoretisch korrekt den Urteilszeitpunkt zugrunde legen. Die (bezeichnenderweise wechselnde[4])) Betonung von Leistung oder Angebot verneinte die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Urteils nicht, die Hervorhebung des Urteils dagegen wäre aus historisch-kritischen wie aus dogmatischen Gründen gleich unverständlich, wenn damit in Wahrheit nur eine Vorstufe für den entscheidenden Akt der Leistung erreicht gewesen wäre. Auch für die Doppelung der Terminologie bietet der Rückgriff des *dominus socius de peculio condemnatus* ein klärendes Gegenstück.[5])

---

[1]) Levy I 242. [2]) So Pringsheim, Kauf mit fr. Geld 76 N. 6.

[3]) Deren Erwähnung bisweilen überdies durch besondere Umstände gefordert wird: z. B. in D. 21, 2, 21, 2 (vgl. Rabel, Haftung d. Verk. 73f.) oder D. 47, 2, 9, 1 (oben S. 489 N. 4).

[4]) S. auch Pringsheim 76 N. 8.

[5]) Die Verurteilung ist hinreichende Regreßgrundlage nach Paul. D. 10. 3, 8, 4 und prinzipiell Paul. D. eod. 15 sowie C. 3, 36, 13 (Diocl.). Gleichwohl sprechen Jul. D. 10, 3, 25 und Gai. D. 15, 1, 27, 8 von Urteil + Zahlung, und Afric. D. 10, 3, 9 setzt lediglich ein *damnatus esset* voraus, um dann die Regreßklage trotzdem ohne weiteres *ad reciperandam partem pecuniae* abzielen zu lassen: das ist genau die gleiche Annäherung beider Tatbestände wie oben S. 512 N. 4. Vgl. dazu auch Levy, Konk. I 252 N. 1; anders Berger, Teilungsklagen 135, 173 N. 1, 185f., der hier an eine Neuerung des Paulus denkt.

XX.

Atquin.

Kritische Studien zur Interpolationenforschung.

Von

Herrn Professor Dr. **Bernhard Kübler**

in Erlangen.

Im vierten Bande seiner Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, 1921, S. 170f. behandelt Gerhard Beseler das Wort atquin, und wie nicht anders zu erwarten war, erklärt er es an allen Stellen klassischer Juristen, an denen es vorkommt, mögen sie uns innerhalb der Digesten oder außerhalb derselben überliefert sein, für unecht. Zwar gibt er S. 191 zu, daß es wie für den Dialektiker geschaffen und ein gutes, edeles Wort der goldenen Latinität ist. „Aber die klassischen Juristen, Mathematiker in ihrer Sprache und jeglichem sprachlichen Überflusse abhold, haben gar manches gute Wort, dessen sie entraten konnten, aus ihrer Sprache verbannt. Und *atquin* hat etwas Unruhiges an sich, das ihnen mißbehagen mochte.“ Schon Partsch, Z. S. S. 33, 612 hatte das Wort an einigen Stellen verdächtigt.

Wenn es nun an den etwas über vierzig Stellen, an denen es begegnet, überall interpoliert wäre, so sollte man doch meinen, daß es bei den Byzantinern besonders beliebt gewesen sei. Aber nach dem Vocabulario von Longo gebraucht es Justinian ein einziges Mal, Cod. 5, 12, 31, 2, im Codex Theodosianus kommt es nach dem Index von Gradenwitz überhaupt nicht vor, und die Wörterbücher von Dirksen und Heumann-Seckel geben auch keine Belege ans dem Codex.[1] Das ist doch recht seltsam. Danach möchte man doch glauben, daß, wenn auch alle Stellen mit atquin überarbeitet wären, gerade das Wort atquin aus dem ursprünglichen Text herstammen und die Verderbnis anderswo stecken müßte. Jedenfalls gilt auch hier, was ich Beseler schon

[1]) Bei Brissonius fehlt das Wort.

wiederholt vorgehalten habe, daß ein an sich gutes, indifferentes Wort als Interpolationsindiz unbrauchbar ist. Es gibt viele sicher interpolierte Stellen, an denen et oder atque begegnet. Sind deshalb alle Stellen, an denen diese Worte stehen, verdächtig? Die Methode, die Beseler anwendet, führt ihn dahin, daß er an jede Stelle, die atquin enthält, mit einem Vorurteil herantritt. Sie muß für ihn einfach interpoliert sein.

Beseler erklärt denn auch Stellen für interpoliert, die sachlich keinen Anstoß bieten oder, wie er sich neuerdings ausdrückt, anodyn sind. In solchen Fällen sagt er: „das Wort paßt hier nicht", so Dig. 8, 5, 1. 15, 3, 15. 36, 1, 67 pr. 36, 1, 66 pr., 41, 7, 3. Aber warum es nicht paßt, verschweigt er. Er hätte doch zunächst feststellen sollen, welche Bedeutung atquin hat oder wie es von den besten Schriftstellern gebraucht wird. Dazu boten ihm die Wörterbücher von Georges und Forcellini, der Thesaurus linguae latinae, vor allem aber Hands Tursellinus Material genug. Die zahlreichen Beispiele, die dort angeführt werden, zeigen, daß atquin an allen Stellen, an denen es Beseler für unpassend hält, wohl angebracht ist. Es gibt aber eine Stelle, an der selbst Beseler gescheitert ist. Das ist Paulus bei Papinian fragm. Berol. 15 Seckel-Kübler (p. 433). Dazu bemerkt er: *non liquet mihi de hoc loco.* Das ist nichts anderes als Kapitulation, und damit ist eigentlich die ganze Theorie zerstört. Doch sei einmal zugegeben, daß es sich hier um eine Ausnahme handelt. Treten wir also in eine Prüfung des vorgelegten Stellenmateriales ein!

Gai. III 147 wird gesagt, daß, wenn man sich aus dem Golde des Goldschmiedes einen Ring für einen bestimmten Preis anfertigen lasse, nach Cassius Kauf des Goldes und Dienstmiete, nach Ansicht der Mehrzahl jedoch reiner Kauf vorliege. Dann heißt es weiter: atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi. Hier verlangt Beseler at. „Aus at si mag dittographisch atsisi und daraus durch vermeintliche Emendation atqui si geworden sein." Nach Hand bezeichnet atqui häufig genug den Gegensatz. Die Änderung in at wäre also überflüssig. Hier aber hat atqui eine ganz besondere

Bedeutung. Nachdem im vorhergehenden von einer Meinungsverschiedenheit berichtet worden ist, sagt der Schlußsatz, daß in dem Falle, wo man sich aus eigenem Golde für bedungenen Lohn etwas herstellen lasse, Einigkeit über die Art des Rechtsgeschäftes herrsche. Atqui bedeutet daher: freilich, aber freilich, allerdings. Paläographische Erklärungen einer Verderbnis können nützlich sein, um eine Emendation plausibel zu machen. Vorbedingung ist aber, daß die Verderbnis nachgewiesen wird. Ist das nicht geschehen, so sind es wertlose Mätzchen. Beseler wird mir vielleicht wieder „bemerkenswerten Mangel an Stilgefühl" vorwerfen (Beitr. 4, 256). Woher weiß er aber, daß er ein besseres Stilgefühl hat als ich?[1])

Dig. 34, 3, 27 Tryph. 8 disp. Videamus, si ei, cum quo de peculio actio erit, liberatio testamento legata sit an, si die, quo legata cedere solent, nihil in peculio sit, legatarii loco habetur. atquin nondum debitor fuit etc. Dazu bemerkt Beseler, atquin passe nicht, denn es gehe eine Frage und keine Behauptung voraus. Ginge eine Frage voraus, so wäre uns Beseler den Beweis schuldig, daß atquin nur nach Behauptungen und nicht nach Fragen steht. Hand im Tursellinus führt viele Stellen auf, an denen atquin nach Fragesätzen gesetzt ist, S. 518, 521, noch viel mehr der Thesaurus p. 1086. Es geht aber gar keine Frage voraus. Daß Mommsen hinter habetur ein Fragezeichen setzt, entscheidet nicht. Videamus an ist nichts anderes als videndum est an, Dig. 15, 3, 15. Dort aber bezeichnet es Beseler (S. 176, wenige Seiten vor unserer Stelle) als zögernde Verneinung,

---

[1]) Beseler schreibt a. a. O.: „Der Schluß von Quintilian auf die Juristen ist philologisch unmethodisch und zeigt einen bemerkenswerten Mangel an Stilgefühl." Ist es auch Mangel an Stilgefühl, wenn man Savignys Stil mit dem Goethes vergleicht? Schrieben nun die Juristen eigentlich gutes oder schlechtes Latein? Sie waren meist hochgebildete Leute. Ich empfehle Beseler, den Trostbrief, den Servius Sulpicius an Cicero nach dem Tode von dessen Tochter Tullia schrieb, zu lesen. Ich stehe nicht an, Gajus zu den besten lateinischen Stilisten zu rechnen. Vgl. Norden, Antike Kunstprosa 2. Aufl. S. 581. Oder meint Beseler, daß die Juristen in ihren Fachschriften ihre rhetorische Bildung verbargen? Er könnte sich dafür auf Cinus berufen (Savigny, Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter VI 95).

wogegen sich atquin zur Wehre setze. Gerade nach Verneinungen ist atqui häufig, Hand S. 520 II 1. Man kann aber videndum est an auch als zögernde Bejahung auffassen. Jedenfalls sind die beiden Stellen 15, 3, 15 und 34, 3, 27 einander so gleichförmig, daß sie nebeneinandergestellt und zusammen behandelt werden müssen.

15, 3, 15: si filius familias constituerit quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. atquin non liberavit patrem.

34, 3, 27: Videamus, si ... liberatio testamento legata sit, an ... legatarii loco habentur. atqui nondum debitor fuit.

Streicht man an der ersten Stelle den Satz atqui ... patrem, so entsteht eine empfindliche Lücke, und der Zusammenhang mit dem Folgenden wird zerrissen. An der zweiten Stelle streicht Beseler weit mehr, so ziemlich alles, was nach dem Einleitungssatze folgt. Legatarii loco habetur soll sonderbar sein statt legatarius est, „denn entweder ist der Mann Legatar oder er ist es nicht, auf keinen Fall aber kann es bloß so gelten, als wäre er es". Aber dieselbe Wendung steht auch bei Ulpian, reg. 25, 14: is, qui recipit hereditatem, legatarii loco habetur. Jemand, der mit der actio de peculio haftet, ist durch Vermächtnis von der Schuld befreit. Am dies cedens ist nichts im Peculium; er schuldet also nichts. Soll man ihn als Legatar betrachten? es wäre ja möglich, daß der Gewalt unterworfene später etwas erwürbe. Beseler findet die Ausdrucksweise: nondum debitor fuit nicht scharf; denn es sei möglich, daß schon einmal Pekulium vorhanden gewesen sei. Aber wer hat ihm denn gesagt, daß Tryphonin diesen Fall im Auge hatte? Er fährt fort: „Nec procedit—peculii ist unrichtig. Sobald das Pekulium größer wird als Null, ist bei Gültigkeit des Legates ein emolumentum im gewöhnlichen Sinne vorhanden. Also fehlt statim vor emolumentum." Wenn statim vor emolumentum eingesetzt wird, so wird der Sinn der Stelle nicht verbessert; denn wenn auch Hoffnung auf künftiges Pekulium besteht, so ist doch statim d. h. die legati cedente kein emolumentum vorhanden. Die Ausdrucksweise des Fragmentes ist weder klar noch schön, und

nicht ohne Grund tadelt Beseler procedere, aliquid statt aliquod (vgl. VJR. I 349, 20 sq.), fuerit statt sit. Doch hört sich's auch nicht lieblich an, man kann es doch verstehen. Die Frage ist doch vor allem, ob der Tadel sich gegen einen Interpolator richtet oder gegen Tryphonin. Denn man sollte doch, wenn man methodisch vorginge, untersuchen, ob ein solcher Stil dem Tryphonin zuzutrauen ist. Kalb in Roms Juristen S. 121 f. liefert dazu einiges Material. Aber um derlei Dinge kümmert sich Beseler, der alle Juristen über einen Kamm schert, nicht (trotz Beitr. 4, 254). Es zeigt sich das auch besonders an folgender Stelle:

Dig. 24, 3, 53, Tryph. 12 disp. Si filio familias dos data est, ipse quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio; nec interest, in peculio rem vel pecuniam dotalem habeat nec ne. sed quatenus facere potest, hic quoque condemnandus est: intellegitur autem peculio tenus facere posse, quod habet rei iudicandae tempore. atquin si cum patre agatur, deduceretur ex peculio, quod patri vel subiectis ei personis filius debet: at si cum ipso filio agatur, alterius debiti non fiet detractio in computatione quantum facere possit filius.

Beseler bemerkt dazu: „Hier ist statt atquin wohl itaque zu lesen. Oder atquin rell., das recht Selbstverständliches zum besten gibt und keine gute Sprache redet, ist unecht.“ Davon scheint mir nur richtig, daß die Sprache nicht besonders gut ist.[1]) Für atquin verweise ich auf Hand S. 517 (Cic. Lael. 19, 68); es läßt sich übersetzen mit: aber freilich. Helm im VJR. s. v. vergleicht Paul. Dig. 4, 3, 18, 3. Hier, meint Beseler, seien Schriftstellerzitate gestrichen; er verweist auf Haymann in dieser Zeitschrift 40, 354, auf dessen Behandlung der Stelle ich nicht eingehen will, um nicht zu weit abzuschweifen. Die Möglichkeit, daß Schriftstellerzitate gestrichen sind, kann natürlich nicht bestritten werden. Aber ebensowenig kann bewiesen werden, daß es wirklich geschehen ist, und die Echtheit von atqui, das kein Kompilatorenwort ist, würde dadurch nicht berührt werden. Was

[1]) deduceretur ist in deducetur zu verbessern. Aber non fiet detractio ist nicht gerade schön.

aber die Stelle des Tryphonin betrifft, so gibt sie durchaus nichts Selbstverständliches zum besten, und für ihre Echtheit spricht sehr stark der Umstand, daß Tryphonin im zwölften Buche seiner Disputationes von der Rechtswohltat des Notbedarfs gehandelt hatte, wie aus Lenels Palingenesie hervorgeht. Es ist daher sehr wahrscheinlich, daß er, und nicht der Kompilator, gesagt hatte, wie es sich mit diesem beneficium verhielt, je nachdem Vater oder Sohn auf Herausgabe der Dos in Anspruch genommen wurden.

Einmal begegnet atqui in den Fragmenta Vaticana, § 76: Iulianus scribit, si servo communi et Titio usus fructus legetur et unus ex dominis amiserit usum fructum, non adcrescere Titio, sed soli socio, quemadmodum fieret, si duobus coniunctim et alteri separatim esset relictus. sed qui diversam sententiam probant, quid dicerent? utrum extraneo soli an etiam socio adcrescere? et qui Iulianum consuluit, ita consuluit, an ad utrum pertineat, quasi possit et ipsi socio adcrescere. atquin quod quis amittit, secundum Pomponi sententiam ipsi non accedit.

Dieser Paragraph wird, wie der vorhergehende, in den Ausgaben und in der Palingenesie von Lenel dem 17. Buch von Ulpians Sabinuskommentar zugeschrieben. Beseler hält das für falsch, weil er glaubt, daß § 76 denselben Fall behandele wie § 75, 3. Aber er irrt sich. In § 75, 3 wird der Fall behandelt, daß ein Nießbrauch einem servus communis und dem Titius separatim vermacht ist, in § 76 der Fall, daß der Nießbrauch dem servus communis und dem Titius nicht separatim sondern coniunctim vermacht ist.[1]) Damit erledigt sich auch Beselers Bemerkung, daß die beiden Fragen quid dicerent? utrum — adcrescere? als unklassisch anzusehen seien, weil den Klassikern die positive Ansicht von Julians Gegnern bekannt gewesen sei, und die weitere, daß der Irrealis dicerent sonderbar sei. Vielmehr hatten die Gegner Julians diesen Fall gar nicht behandelt, sondern nur den ersten des separaten Nießbrauchvermächtnisses an den servus communis und Titius, und Ulpian fragt daher mit

[1]) So schon v. Buchholtz zu der Stelle und Arndts bei Glück 48, 149 f.



gutem Grunde: was würden die Gegner Julians, Pomponius und Genossen, in diesem Falle sagen? Weiter beanstandet Beseler die Worte: Qui Iulianum consuluit: Julian sage nicht, daß man ihn gefragt habe; die Annahme der Konsultation sei eine willkürliche Präsumption. Aber was Julian gesagt hat, wissen wir nicht, weil wir leider seine Digesten nicht besitzen; dagegen wußte es Ulpian, und das wissen auch wir, daß die Digesten ein kasuistisches Werk waren und Responsa aus der Praxis Julians enthielten. Schließlich bemerkt Beseler: „Nur ein Nachklassiker konnte verkennen, daß die Ansicht des Konsulenten völlig gleichgültig wäre, daß sie nicht im geringsten einen Ersatz für die vermeintlich nicht feststellbare Ansicht der juristischen Gegner Julians bilden könnte.“ In dieser allgemeinen Fassung schießt die Bemerkung weit über das Ziel hinaus. Es kommt sehr darauf an, wer der Konsulent war. Er konnte ein namhafter Jurist sein; er konnte auch ein rechtskundiger Anwalt sein, der in seiner Frage die Ansichten berühmter Juristen, auf die er sich stützte, angeführt hatte, z. B. die stolida sententia Sabini. Darüber sind Vermutungen müßig, und man kann keine Folgerungen aus dem ziehen, was man nicht weiß. Dennoch halte ich es allerdings, wie Beseler, für „glaubhaft, daß atquin von demselben Manne geschrieben ist wie das, was davor stand“; dieser Mann aber war Domitius Ulpianus. Ich glaube auch nicht, daß der Schlußsatz von § 75, 5 unecht ist, wie das Beseler behauptet. Etenim, das er als Beweis dafür anführt, ist unverdächtig. Incogitabilis ist allerdings *ἅπαξ εἰρημένον* ebenso wie stolidus, das Beseler nicht einmal anführt. Aber das genügt nicht, um den Satz zu verdächtigen. Anstößig ist nur ipse, weil man nicht klar erkennt, auf wen es sich bezieht; Arndts (S. 148) meint, auf Julianus; mir scheint es ebenso möglich, daß es sich auf Pomponius bezieht. Übrigens zeigt der Vergleich dieser Vatikanischen Fragmente mit Dig. 7, 2, 1, daß die Kompilatoren viel mehr gestrichen als hinzugesetzt haben, und das sollte doch auch zu denken geben.

Dig. 1, 14, 3, Ulp. 38 ad Sab., ist „von nachklassischer Hand überarbeitet“. Aber der Satz atquin verum est praetura eum functum ist sachlich und sprachlich ohne Tadel.

Dig. 3, 5, 18 pr. Paul. 2 Ner. Adquin natura debitor fuit. Der Angriff Beselers gegen diesen Satz geht deshalb in die Luft, weil wir nicht wissen, was in der Schrift des Paulus vorausging.

Dig. 12, 2, 42 Pomp. 18 epist. Beseler verweist auf Vassalli Miscell. crit. II 1914 und Antonio Suman, L'obbligazione naturale del pupillo, Filang. 1914. Beide Schriften sind mir nicht zugänglich. Aber was Vassalli streicht, gibt Krüger im Supplementum Corp. iur. civ. an. Dazu bemerke ich: Den Schlußsatz des Principium von si autem ab habe ich mir längst als interpoliert notiert. Gründe: liquido, in obscuro erit, ut plerumque fit, intellegere debemus, exceptionem dari debere existimavimus. Der Passus gehört aber nicht ganz den Kompilatoren, sondern sie haben dazu Dig. 12, 6, 43 Paul. 3 ad Plaut. verwertet: si quis iurasset se dare non oportere, ab omni contentione (12, 2, 42 in condicione verdorben) discedetur atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est. Die Hauptsache aber ist folgende: Die Kompilatoren lieben es, am Schlusse einer Erörterung eine Entscheidung zu treffen für den Fall, daß von zwei Möglichkeiten keine bewiesen werden könne: Dig. 34, 5, 10, 1, Ulp. 6 disp.: sin autem hoc incertum est nec potest nec per suptilitatem iudicialem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem, quasi per praesumptionem priore masculo edito. Gradenwitz, Z. S. S. VII 1, 74. — Dig. 40, 8, 9, Paul. 5 quaest.: si non appareat, quid convenerit, favor priorem inducet opinionem, id est ut intra duos menses, si ambo praesto sunt tam servus quam emptor eius: servo enim absente nisi emptor intra quattuor menses imposuerit libertatem, ex constitutionibus ad libertatem eripitur. Lenel, Paling. Paul. 1326. Haymann, Freilassungspflicht 44, 1.

Was nun aber den § 1 des frgm. 42 betrifft, so enthält er das atquin, das nach der vorgefaßten Meinung Beselers zu entfernen ist. Das wird auf folgende Weise erreicht.

Si fideiussor iuraverit se dare non oportere, exceptione iurisiurandi reus promittendi tutus ⟨non⟩ est[: atquin si, quasi

omnimodo idem non fideiussisset, iuravit, non debet hoc iurisiurandum (sic F) reo promittendi prodesse]. Diese Radikalkur genügt aus vielen Gründen nicht. Einen offenbaren Schreibfehler wie iurisiurandum als Interpolationsmerkmal zu benutzen, ist unmethodisch. Die Kompilatoren sagten iuramentum. Daß sie die Form iusiurandum nicht gekannt hätten, müßte bewiesen werden. Daß Pomponius schrieb: tutus est, ist möglich [1]; daß er schrieb tutus non est, halte ich für ganz unmöglich. Der Paragraph unterscheidet, ob der Bürge die Hauptschuld oder seine Bürgschaftsverpflichtung abschwört. Im ersten Fall kommt der Eid auch dem Hauptschuldner zustatten, im zweiten nicht. Die Unterscheidung kehrt wieder Dig. 44, 5, 1, 3 (Ulp. 76 ad ed.), und auch hier muß sie Beseler mit derselben Gewaltmethode, wie in dem frgm. 42 beseitigen. Er geht aber noch weiter. Er verkehrt auch den Satz, daß der Eid des einen Korrealschuldners den andern befreie, durch Interpolationsannahme in sein Gegenteil, indem er Dig. 12, 2, 28, 3 folgendermaßen wiederherstellt: ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri ⟨non proderit⟩ [quoque prodesse debebit]. Das widerspricht den Sätzen, daß der Schiedseid der litis contestatio gleich zu achten ist und daß diese auf Korrealschulden gesamtzerstörend wirkt. Wenn Beseler anderer Ansicht ist, so hat er die Beweispflicht. Im übrigen hat den Schlußsatz von 12, 2, 28, 1 schon Biondi, Giuramento decisorio p. 41, mit guten Gründen für interpoliert erwiesen, und daß auch § 2 stark überarbeitet ist, ist Beseler zuzugeben, wie ja auch Lenel in der Palingenesie hier bereits auf einige Interpolationen hingewiesen hatte. Im § 1 von 12, 2, 42 würde omnino, wie Beseler richtig bemerkt, besser in das erste Glied passen. Es ist auch möglich, daß hier, wie im frgm. 28 eod. und 44, 5, 1, 3 der Klassiker vom sponsor, nicht vom fideiussor sprach. Kurz, es soll durchaus nicht bestritten werden, daß die Hand der Kompilatoren im Spiele

---

[1] Vgl. 14, 6, 9, 4 (Ulp. 29 ad ed.): atquin perpetua conceptione tuti sunt. (Natürlich von Beseler gestrichen. S. u.). Jul. 12. 6, 32, 1. 30, 84, 6. Pomp. 45, 1, 25. Val. 34, 1, 22, 1. Pap. 44, 4, 12. Tryph. 23, 3, 78, 5. Ulp. 4, 2, 14 pr. 4, 8, 13, 1. 4, 8, 21, 9. 12, 6, 26, 8 (vat. 266). 30, 28 pr. 46, 2, 4. Paul. 22, 3, 25, 2. Mod. 34, 3, 20 pr.

Dig. 3, 5, 18 pr. Paul. 2 Ner. Adquin natura debitor fuit. Der Angriff Beselers gegen diesen Satz geht deshalb in die Luft, weil wir nicht wissen, was in der Schrift des Paulus vorausging.

Dig. 12, 2, 42 Pomp. 18 epist. Beseler verweist auf Vassalli Miscell. crit. II 1914 und Antonio Suman, L'obbligazione naturale del pupillo, Filang. 1914. Beide Schriften sind mir nicht zugänglich. Aber was Vassalli streicht, gibt Krüger im Supplementum Corp. iur. civ. an. Dazu bemerke ich: Den Schlußsatz des Principium von si autem ab habe ich mir längst als interpoliert notiert. Gründe: liquido, in obscuro erit, ut plerumque fit, intellegere debemus, exceptionem dari debere existimavimus. Der Passus gehört aber nicht ganz den Kompilatoren, sondern sie haben dazu Dig. 12, 6, 43 Paul. 3 ad Plaut. verwertet: si quis iurasset se dare non oportere, ab omni contentione (12, 2, 42 in condicione verdorben) discedetur atque ita solutam pecuniam repeti posse dicendum est. Die Hauptsache aber ist folgende: Die Kompilatoren lieben es, am Schlusse einer Erörterung eine Entscheidung zu treffen für den Fall, daß von zwei Möglichkeiten keine bewiesen werden könne: Dig. 34, 5, 10, 1, Ulp. 6 disp.: sin autem hoc incertum est nec potest nec per suptilitatem iudicialem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem, quasi per praesumptionem priore masculo edito. Gradenwitz, Z. S. S. VII 1, 74. — Dig. 40, 8, 9, Paul. 5 quaest.: si non appareat, quid convenerit, favor priorem inducet opinionem, id est ut intra duos menses, si ambo praesto sunt tam servus quam emptor eius: servo enim absente nisi emptor intra quattuor menses imposuerit libertatem, ex constitutionibus ad libertatem eripitur. Lenel, Paling. Paul. 1326. Haymann, Freilassungspflicht 44, 1.

Was nun aber den § 1 des frgm. 42 betrifft, so enthält er das atquin, das nach der vorgefaßten Meinung Beselers zu entfernen ist. Das wird auf folgende Weise erreicht.

Si fideiussor iuraverit se dare non oportere, exceptione iurisiurandi reus promittendi tutus ⟨non⟩ est[: atquin si, quasi

omnimodo idem non fideiussisset, iuravit, non debet hoc iurisiurandum ⟨sic F⟩ reo promittendi prodesse]. Diese Radikalkur genügt aus vielen Gründen nicht. Einen offenbaren Schreibfehler wie iurisiurandum als Interpolationsmerkmal zu benutzen, ist unmethodisch. Die Kompilatoren sagten iuramentum. Daß sie die Form iusiurandum nicht gekannt hätten, müßte bewiesen werden. Daß Pomponius schrieb: tutus est, ist möglich [1]); daß er schrieb tutus non est, halte ich für ganz unmöglich. Der Paragraph unterscheidet, ob der Bürge die Hauptschuld oder seine Bürgschaftsverpflichtung abschwört. Im ersten Fall kommt der Eid auch dem Hauptschuldner zustatten, im zweiten nicht. Die Unterscheidung kehrt wieder Dig. 44, 5, 1, 3 (Ulp. 76 ad ed.), und auch hier muß sie Beseler mit derselben Gewaltmethode, wie in dem frgm. 42 beseitigen. Er geht aber noch weiter. Er verkehrt auch den Satz, daß der Eid des einen Korrealschuldners den andern befreie, durch Interpolationsannahme in sein Gegenteil, indem er Dig. 12, 2, 28, 3 folgendermaßen wiederherstellt: ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri ⟨non proderit⟩ [quoque prodesse debebit]. Das widerspricht den Sätzen, daß der Schiedseid der litis contestatio gleich zu achten ist und daß diese auf Korrealschulden gesamtzerstörend wirkt. Wenn Beseler anderer Ansicht ist, so hat er die Beweispflicht. Im übrigen hat den Schlußsatz von 12, 2, 28, 1 schon Biondi, Giuramento decisorio p. 41, mit guten Gründen für interpoliert erwiesen, und daß auch § 2 stark überarbeitet ist, ist Beseler zuzugeben, wie ja auch Lenel in der Palingenesie hier bereits auf einige Interpolationen hingewiesen hatte. Im § 1 von 12, 2, 42 würde omnino, wie Beseler richtig bemerkt, besser in das erste Glied passen. Es ist auch möglich, daß hier, wie im frgm. 28 eod. und 44, 5, 1, 3 der Klassiker vom sponsor, nicht vom fideiussor sprach. Kurz, es soll durchaus nicht bestritten werden, daß die Hand der Kompilatoren im Spiele

---

[1]) Vgl. 14, 6, 9, 4 (Ulp. 29 ad ed.): atquin perpetua conceptione tuti sunt. (Natürlich von Beseler gestrichen. S. u.). Jul. 12. 6, 32, 1. 30, 84, 6. Pomp. 45, 1, 25. Val. 34, 1, 22, 1. Pap. 44, 4, 12. Tryph. 23, 3, 78, 5. Ulp. 4, 2, 14 pr. 4, 8, 13, 1. 4, 8, 21, 9. 12, 6, 26, 3 (vat. 266). 30, 28 pr. 46, 2, 4. Paul. 22, 3, 25, 2. Mod. 34, 3, 20 pr.

ist. Aber für die Echtheit von atqui ist das alles belanglos, und atqui liefert für die Interpolation kein Merkmal.

Dig. 14, 6, 9, 4, Ulp. 29 ad ed. Et hi tamen qui pro filio familias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. atquin perpetua exceptione tuti sunt. sed et ipse filius, et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.

Die Stelle ist am Schluß verdorben, wie schon Mommsen sah. Auch der Anfang ist nicht heil. Ansprechend verbessert ihn Beseler, indem er für solvendo non repetent hoc enim vorschlägt: an solutum repeterent, quaerebatur. Des weiteren aber kann ich ihm nicht zustimmen, wenn er schreibt: „Atquin — repetet ist laienhaft: daß ewige Klaglosigkeit und soluti retentio sich vertragen, ist für einen Juristen selbstverständlich." Er tadelt hier, was in der Stelle nicht steht: er entstellt den Sinn der Stelle, indem er sie unvollständig wiedergibt, um sie dann zu verwerfen. Der Jurist sagt, daß die Rückforderung des Gezahlten nicht statthaft ist, wenn die Klaglosigkeit zur Strafe des Gläubigers dient, daß sie dagegen zulässig ist, wenn die Klaglosigkeit den Schutz des Schuldners bezweckt[1]), wie das bekanntlich auch in Dig. 12, 6, 40 pr. (Marcian 3 reg.) ausgesprochen ist, und derselbe Gedanke findet sich bereits bei Pomponius Dig. 12, 6, 19 pr. Die Unterscheidung ist sonderbar genug und, wie Savigny System V 375 bemerkt, wenig fördernd; sie ist offenbar auf den Vellejanischen und den Macedonianischen Senatsbeschluß zugeschnitten. Man könnte versucht sein, sie für ein Erzeugnis byzantinischer Weisheit zu halten. Aber sie tritt bei Pomponius in so tadelloser Form auf, daß wir sie doch den Klassikern zuschreiben müssen. Das scheint mir zur Verteidigung des atquin in der lex 9 ausreichend.

Dig. 20, 1, 3 pr., Pap. 20 quaest., ist der Schlußsatz von enimvero an gefälscht oder hat das Echte verdrängt. Papi-

[1]) Die Emendation Mommsens ist verfehlt. Es mag statt non quoniam exonerare eos zu schreiben sein: non hi, quos exonerare.



nian sagt, die Entscheidung zu Ungunsten des Vindikationsklägers schadet dem Pfandgläubiger nicht, wie auch nicht die Abweisung des Erbschaftsklägers. Allerdings Vermächtnisse und Freilassungen werden hinfällig, wenn der Testamentserbe vom gesetzlichen Erben besiegt wird. Aber der Gläubiger kann nicht in jeder Beziehung mit dem Legatar verglichen werden. Denn die Wirksamkeit der Vermächtnisse hängt von der Gültigkeit des Testamentes ab: enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum nec tamen ab eo lis bene instituta. Das paßt nicht; man erwartet: Der Gläubiger aber hat seinen Anspruch gegen jeden Erben, sei er testamentarischer oder Intestaterbe. Im vorhergehenden Satze steht der Indikativ possunt nach kausalem cum. Das ist indessen noch kein Grund, ihn für unecht zu halten; possunt kann aus possint verdorben sein. Und selbst wenn er unecht wäre, so würden wir nicht wissen, was Papinian an seiner Stelle geschrieben hatte. Davon hängt aber die Beweiskraft des einzigen Argumentes ab, das Beseler gegen das vorhergehende atquin vorbringt. Da diese versagt, so ist atquin nicht „sicher unecht", sondern sehr wahrscheinlich echt.

Beseler leugnet, daß sich die Ausdehnung der Rechtskraftwirkung auf die Legatare aus der Rechtslogik ableiten lasse, wie in dem von ihm verdächtigten Satze cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret angenommen sei. Der Richter, der den Intestaterben recht gebe, pronuntiiere nicht über die Gültigkeit des Testamentes. Er pronuntiiere paret hereditatem actoris esse. Vorher sei die hereditas Eigentum der Testamentserben gewesen; diese Tatsache lasse sich nicht aus der Welt schaffen. Das scheint mir alles unrichtig. Der Richter pronuntiiert: paret Aulum Agerium heredem esse, oder videtur Aulus Agerius heres esse und erklärt damit, daß Intestaterbfolge, nicht testamentarische Erbfolge eintritt. Niemals war der Testamentserbe Eigentümer der hereditas, wenn das Testament ungültig ist. Hereditas ist ein Recht, das, wie das Urteil sagt, dem Testamentserben nicht zustand. Will man aber unter hereditas eine Sachgesamtheit verstehn, so hatte auch daran der Testamentserbe nicht Eigentum, sondern Besitz. Ich muß gestehen, daß mir Beselers Aus-

führung nicht verständlich ist. Das Urteil ist doch deklaratorisch, nicht konstitutiv. Oder dachte Beseler vielleicht an ein unrichtiges Urteil? Steht er auf dem Kohlerschen Standpunkt, daß das falsche Urteil materielles Recht schafft? Dann hätte er sich deutlicher ausdrücken sollen, und dann trüge er Gedanken in eine Digestenstelle, die wohl dem Papinian ebenso fern lagen wie dem Tribonian.

Dig. 23, 3, 61, 1. Ter. Clem. l. 3 ad leg. Iul. et Pap. Die Stelle ist besser als von Rudorff und Kalb, die Krüger im Supplementum anführt, behandelt von Ferrini in den Rendiconti dell' Ist. Lombardo XXXIV, 1901. (Vgl. schon Pernice, Labeo I 230, 84.) Sein Herstellungsversuch (saggio) lautet:

Sive ⟨legitimus tutor⟩ [generalis curator] sive dotis ⟨constituendae⟩ [dandae] causa ⟨datus⟩ [constitutus] sit et amplius doti ⟨dictum sit⟩ [promissum est] quam facultates mulieris valeant, ipso iure ⟨dictio⟩ [promissio] non valet, quia lege ⟨Iulia?⟩ rata non habetur auctoritas dolo malo facta. ⟨quaesitum⟩ [quaerendum] tamen est, utrum tota obligatio an quod amplius ⟨dictum⟩ [promissum] est quam ⟨dici⟩ [promitti] oportuit, infirmetur . . .

§ 1. Tutor autem ad dotem dandam dicendam promittendam constituitur, neque auctor fieri potest, ut res mancipi veneant a muliere, ut pretium earum in dotem det[ur]. dubitari autem potest an hoc ⟨semper⟩ verum sit. quid enim si aliter honeste nubere non possit, quam ut pecuniam in dotem det, idque ei magis expediat? Atquin possunt res quae mancipi sunt alienari et pecunia in dotem converti.

Damit erledigen sich die meisten Anstöße, die Beseler an der Stelle genommen hat. Aber gerade das böse atquin bleibt unberührt.

Dig. 28, 5, 69, Pomp. l. 7 ad Q. Muc. Die Stelle leidet an mehreren Gebrechen. Im Schlußsatz hängt von nemo dubitat quin der Accus. cum Inf. ab. Im vorletzten Satze ist effectum— habebunt durch Überarbeitung entstellt. Außerdem beanstandet Beseler repositum in der Wendung in potestate sit repositum Titii, atquin und cum eo. Repositum ist *ἅπεξ εἰρημένον* und auffällig; es genügt wohl die Verbesserung positum. Die Streichung von atquin wird nur mit

den Worten begründet: „paßt nicht“. Beseler meinte: „paßt mir nicht“. Das ist Geschmacksache; de gustibus non est disputandum. Mit cum eo aber hat es eine eigene Bewandtnis. Der Satz, in dem es steht, lautet: sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat. Beseler bezieht das sic auf das folgende si, und dann ist allerdings cum eo überflüssig. Aber das ist unrichtig, obwohl es auch im VJR. V 520, 27 von Volkmar so verbunden wird. Sic bezieht sich vielmehr auf das Vorhergehende und steht im Sinne von sicut, wie auch z. B. bei Paul. Dig. 41, 2, 3, 4 (p. 504, 21) die geringeren Handschriften sicut für sic lesen. Beispiele von sic enim VJR. II 498, 27 sq. Cum eo aber begegnet in den Digesten viermal, zweimal mit folgendem si und zweimal mit folgendem ut. Die beiden Stellen, an denen si folgt, sind von Pomponius aus den libri ad Q. Mucium, nämlich die unsrige und 47, 2, 77, 1 [1]), die beiden Stellen, an denen ut folgt, sind von Africanus, 19, 2, 35, 1 [2]) und 46, 3, 39, beide aus dem achten Buch der Quästionen.[3]) Ich meine, das gibt zu denken. Wäre die Wendung interpoliert, so würde sie sich doch wohl auch in Stellen des Ulpian oder Paulus finden. In der übrigen Literatur findet sie sich namentlich bei Livius VIII 14, 2; 8. XXX 10, 21. XXXVI 5, 2, bei Cicero einmal, in den Atticusbriefen VI 1, 7, von Späteren bei Columella, häufiger bei dem Arzt Celsus und bei Quintilian. Ich halte es nach alledem für sehr unwahrscheinlich, daß „ein Leser“ diese seltene und eigentümliche Wendung hinzugefügt haben sollte.

Dig. 35, 2, 11, 6, Pap. 29 quaest. Beseler streicht den größten Teil der Stelle als „wortreich, erbärmlich unklar und sprachlich vielfach auffällig“. Auch Cujaz sagt (Opp. VI 767), daß die meisten Autoren in dem Satze ut enim

---

[1]) Mommsen wollte tum emendieren; die Wendung war ihm offenbar unbekannt. Leider habe ich diese Stelle im VJR. I 1101, 5 übersehen.

[2]) Von Eisele, Arch. ziv. Pr. 79, 376 für unecht erklärt.

[3]) Die Gelehrten sind schon mehrfach auf die Wendung aufmerksam geworden, so Mühlenbruch bei Glück 36, 421 und Francke, Noterbrecht S. 67. Vgl. ferner Hand, Tursellinus II S. 166. Thes. ling. Lat. IV 1367, 16 und besonders Bücheler im Arch. f. Lexikogr. I 279 f.

opes patris etc. θαύματα oder portenta verborum gesehen hätten; er widerspricht ihnen aber. Für mich besteht das Problem darin, zu ergründen, ob diese dunkle, etwas geschraubte und schwülstige Ausdrucksweise nicht grade Eigentümlichkeit Papinians ist. Ich berufe mich dafür auf Beseler selbst, Beitr. II 21, IV 254. Sollte die Distinktion, daß von den beiden Substituten eines Mündels der eine ut institutus, der andere ut substitutus Anspruch auf die Quart hat, dem Hirn der Kompilatoren entsprungen sein? Das würde ihrem Scharfsinn alle Ehre machen. Oder ist sie nicht vielmehr ein rechtes Spezimen Papinianischer Spitzfindigkeit? Ich will nicht wiederholen, was Cujaz im Kommentar zu den Quästionen Papinians (Opp. IV 767) und Observ. IV 34, Vangerow und andere über die Stelle geschrieben haben; aber es ist nicht richtig, was Beseler behauptet, daß das „unechte" Stück antigajanisch entscheide. Dieses Stück behandelte einen andern Tatbestand wie Gajus Dig. 35, 2, 80 pr., nämlich den, daß der Gesamtnachlaß ultra dodrantem belastet ist, während bei Gajus die Gesamtbelastung den Dodrans nicht überschreitet. So oft ich die ganze Stelle durchlese, so finde ich in ihr immer wieder echt papinianische Diktion, genau entsprechend der Vorstellung, die ich mir von ihr gebildet habe. Am leichtesten wäre ich noch geneigt, den Schlußsatz preiszugeben; aber für ihn spricht huic consequens est ut [1]), und dagegen vermag auch duobus für utrique und potuisset für potuit nicht aufzukommen.

Dig. 36, 1, 61 pr., Paul. l. 4 quaest. Beseler streicht den Satz: atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei; er sei überflüssig und bewirke nur eine lästige Verzögerung der Darstellung. Er sage, und mit ziemlich vielen Worten, voraus, wie der Gedankengang weitergehen werde und biete dem Leser sonst gar nichts. Atquin passe nicht. Effectu rei sei sonderbar. Was für eine Sache solle gemeint sein? — Diese ganze Begründung ist bei den Haaren herangezogen. Der Satz ist eine ausgezeichnete Einleitung zu der folgen-

[1]) Vgl. Dig. 18, 7, 7.

den Erörterung, deren Gedankengang dadurch dem Leser klargemacht wird. Läßt man ihn weg, so klafft eine Lücke. Er ist auch nicht wortreich. Welches Wort ist denn darin überflüssig? Doch höchstens actor idemque heres; aber damit wird sehr gut die Doppelstellung des Gläubigers hervorgehoben, die für das Verständnis der folgenden Erörterung sehr wichtig ist. Warum atquin nicht passen soll, hat Beseler leider, wie immer, vergessen zu sagen. Es heißt: „jedoch“, „indessen“. Was endlich die Beanstandung von effectus rei betrifft, so kann sie nur auf Unkundige Eindruck machen. Res wird sehr häufig ganz farblos gebraucht, wie es VJR. V 152, 46 heißt: certa significatione definiri non potest, ea res = id, haec res = hoc, quae res = quod etc. Deutsch würden wir sagen: „wir wollen die Wirkung der Verfügung betrachten“; aber für „Verfügung“ gibt es kein lateinisches Wort, und darum sagt der Schriftsteller res. Effectus rei kommt noch vor Pomp. Dig. 1, 2, 2, 13 und Marcell. Dig. 35, 1, 47 (VJR. V 155, 38). Die zweite Stelle ist vielleicht interpoliert; sicher wird sie Beseler für interpoliert halten, schon wegen des *ἅπαξ εἰρημένον* saepenumero, das übrigens bei Justinian nicht vorkommt. Indessen ändert das nichts an der Sache.[1])

D. 36, 1, 83, Paul. imperial. sent. l. 1. „Das Stück adqui invicem duos illos tantum substituerat gehört einem Toren, der die Erklärung einer Testamentsbestimmung nach einer andern, ganz disparaten für diskutabel hält, und unterbricht störend den Gedankengang“. So Beseler. Ähnlich, wenn auch nicht so scharf, Partsch, Zeitschr. d. Sav.-Stift. 33, 612. Aber das beanstandete Stück enthält das Argument der Gegenpartei, das Paulus bei der Begründung kaiserlicher Entscheidungen vorzubringen pflegt. Es ist daher unentbehrlich, und wird sehr passend mit atquin eingeleitet. Daß

---

[1]) Beseler beschäftigt sich eingehender mit dem Fragment. Den berühmten Satz: remanet ergo propter pignus naturalis obligatio heilt er durch Streichung von propter und naturalis obligatio. Ich möchte ihn lieber ändern in: remanet pignus propter naturalem obligationem. In der Verdächtigung des Schlußsatzes von ubi quidem stimme ich ihm bei. Ob auch der vorhergehende Satz unecht ist, ist zweifelhafter Auffallend ist schon in re integra für re integra, VJR. V 139, 27 f.

der Einwand, der von der Gegenseite gemacht wird, den Zusammenhang unterbricht, ist unvermeidlich. Daß er töricht ist, mag sein; der Kaiser entscheidet ja auch dagegen. Wer ein Testament in einem ihm günstigen Sinne auszulegen wünscht, klammert sich an jede Bestimmung desselben, auch an eine „ganz disparate", wenn er glaubt, daraus den Willen des Erblassers zu seinem Vorteil erforschen zu können. Es fehlt an jeder Wahrscheinlichkeit dafür, daß der berühmte törichte Leser oder die Kompilatoren den Satz hinzugefügt haben.

D. 40, 5, 4, 19, Ulp. l. 60 ad ed. Beseler gibt dem Satz folgende Gestalt: Si in fraudem creditorum libertas data sit ab eo, qui mortis tempore solvendo non est, [an competat? et] si [quidem] fiscus bona non adgnoverit, ⟨addictis eis libertatis conservandae causa⟩ [forte] competet libertas, quia solidum creditoribus offertur: [atquin si adita hereditas fuisset, non competeret. certe] si fiscus adgnovit hereditatem, [facilius probabitur cessare libertatem, nisi si quis verba constitutionis secutus dixerit ipsum sibi imputare debere, qui addici sibi hac condicione bona voluit, ut libertates competant. si quis autem exemplum aditae hereditatis fuerit secutus,] directae libertates non competent[, si consilium et eventus fuerit fraudandorum creditorum:] nec fideicommissae praestabuntur[, si eventu fraudentur creditores].

Ulpian beschäftigt sich mit der Constitution des Kaisers Mark Aurel[1]), nach welcher sich ein testamentarisch freigelassener Sklave des überschuldet verstorbenen Erblassers oder ein Dritter, wenn er den Gläubigern für ihre volle Befriedigung Sicherheit leistete, den Nachlaß zuschlagen lassen konnte, wodurch die testamentarischen Freilassungen wirksam wurden. Voraussetzung war jedoch, daß der Fiskus den Nachlaß nicht beanspruchte. Ulpian wirft nun die Frage auf, wie sich dieser Erlaß zu der Bestimmung der lex Aelia Sentia verhielt, wonach Freilassungen in fraudem creditorum ungültig waren (Gai. I 37; Ulp. reg. I 15.

---

[1]) Reskript an Popilius Rufus, Inst. 3, 11. Puchta, Instit. § 327 b (10. Aufl. II S. 487). Voigt, Röm. Rechtsgesch. II 729. Cuiac. Opp. IV 1247.

Dosith. 16). Nach der Restitution Beselers hatte er einfach entschieden: Wenn der Fiskus den Nachlaß nicht beansprucht, so sind die Freilassungen gültig, andernfalls ungültig:

„Si in fraudem creditorum libertas data sit ab eo, qui mortis tempore solvendo non est, si fiscus bona non adgnoverit, ⟨addictis eis libertatis conservandae causa⟩ competet libertas, quia solidum creditoribus offertur: si fiscus adgnovit hereditatem, directae libertates non competent nec fideicommissae praestabuntur."

Dieser Herstellungsversuch leidet an mehrfachen Mängeln und ist daher nicht als gelungen anzusehen. Der Einschub addictis — causa ist überflüssig; sein Inhalt ergibt sich aus dem Zusammenhang. Es ist unwahrscheinlich, daß Ulpian ohne jede Begründung oder Einschränkung entschieden hat, die Freilassungen sollten unwirksam sein, wenn der Fiskus den Nachlaß einzieht. Denn die Konstitution des Kaisers Marcus bestimmte ausdrücklich, daß auch in diesem Falle die Freilassungen aufrechterhalten bleiben sollten:

Inst. III 11, 1 et ne huius rescriptionis nostrae emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona adgnoscere voluerit: et hi qui rebus nostris attendunt scient commodo pecuniario praeferendam libertatis causam et ita bona cogenda, ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset."

Daher schreibt denn auch Ulpian Dig. 40, 5, 4, 17:

Eadem constitutio prospexit, ut, si fiscus bona admiserit, aeque libertates competant: ergo sive iacent bona fisco spernente sive adgnoverit, constitutio locum habet.

Nur ausnahmsweise sollen die Freilassungen hinfällig werden:

ceterum si alia ratione adgnoscat, apparet cessare debere constitutionem: quare et si caducariis legibus (so Cuiacius; überliefert ist caducis legionis) bona delata sint, idem erit probandum.

Wenn daher Ulpian wirklich die Ansicht vertrat, daß im Falle der adgnitio bonorum durch den Fiskus die manumissiones in fraudem creditorum factae unwirksam sein sollten, so wird er das begründet haben mit dem Hinweis auf die Worte der Konstitution: ut libertas his salva sit, qui

eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset. Diese Begründung mögen die Kompilatoren gestrichen und durch die Worte facilius probabitur ersetzt haben. Es klafft nämlich im überlieferten Texte hinter den Worten cessare libertatem eine Lücke. Das folgende ipsum kann, so wie die Worte dastehen, nur auf den Fiskus bezogen werden; das ist aber dem Sinne nach unmöglich. Denn vom Fiskus kann nicht gesagt werden: addici sibi hac condicione bona voluit, ut libertates competant.

Gegen Beselers Restitutionsversuch spricht ferner folgendes: Er läßt si fiscus bona non adgnoverit die Freilassungen unbedingt in Kraft treten. Nach dem überlieferten Wortlaut der Stelle wird wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet, daß sie unwirksam werden, nämlich wenn der Erfolg der Gläubigerschädigung eintritt. Danach wären die Kompilatoren strenger gewesen als Ulpian. Das wäre eine sehr auffallende Ausnahme. Denn regelmäßig haben die Kompilatoren gegenüber den Klassikern die Freilassungen begünstigt. Dagegen könnte man einwenden, daß die Möglichkeit des Erfolges der Gläubigerschädigung ganz ausgeschlossen sei, da ja is qui sibi bona addici voluit die Gläubiger befriedigen muß, und das behauptet auch tatsächlich Beseler. Es ist aber nicht richtig. Unsere Stelle sagt vielmehr: solidum creditoribus o f f e r t u r. Es wird den Gläubigern volle Befriedigung angeboten; ob sie sie erhalten, ist noch die Frage. Auch die Satisdatio bietet dafür keine volle Gewähr, da auch taugliche Bürgen zahlungsunfähig werden können. Übrigens könnte es auch bei Erbschaftsantritt am eventus fraudandorum creditorum fehlen, wenn nämlich der Erbe die Gläubiger aus seiner Tasche befriedigte.

Der Gedankengang der Stelle ist nach der Überlieferung, wie mir scheint, folgender:

Wenn von jemandem, der zur Zeit seines Todes überschuldet ist, eine Freilassung zur Benachteiligung der Gläubiger angeordnet worden war, soll sie dann durch die Addictio bonorum nach der Konstitution des Kaisers Marcus wirksam werden? Wenn der Fiskus auf den Nachlaß keinen Anspruch erhebt, kann sie möglicherweise wirksam werden, weil den Gläubigern volle Befriedigung angeboten wird. Aber, so wird

man einwenden, wenn die Erbschaft angetreten wäre, würde die Freilassung nicht wirksam werden, und nach der Konstitution soll sie doch nur denjenigen zu gute kommen, die sie beim Antritt der Erbschaft erhalten könnten. Auch läßt sich die addictio bonorum sehr wohl mit dem Erbschaftsantritte vergleichen. Freilich wenn der Fiskus die Güter beansprucht, wird man sich eher dafür entscheiden, daß die Freilassungen nicht wirksam werden. Denn in diesem Falle verbietet es die Konstitution ausdrücklich (ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset), und die adgnitio bonorum durch den Fiskus ist auch vom Erbschaftsantritt sehr verschieden. Was dagegen den betrifft, qui bona sibi addici voluit, so hat er das ja unter der Bedingung getan, daß die Freilassungen in Kraft treten, und er muß sich daher diesen Erfolg selbst zuschreiben. Legt man aber mehr Wert auf die Analogie des Erbschaftsantrittes, so werden die direkten Freilassungen ungültig sein, wenn Absicht und Erfolg der Gläubigerschädigung vorlag, und auch die fideikommissarischen werden nicht vollzogen werden, wenn die Gläubiger im Erfolg geschädigt werden.

Ich halte es für sehr unwahrscheinlich, daß die Kompilatoren diese eingehende Erörterung an Stelle des einfachen Satzes, den Beseler für den echten Wortlaut Ulpians hält, gesetzt haben sollten. Wenn sie an der Stelle etwas geändert haben, so glaube ich eher, daß sie einiges weggestrichen haben. Beseler hat nun noch eine ganze Anzahl anderer Anstöße, namentlich sprachlicher, in der Stelle gefunden. Mir scheint im Gegenteil die Stelle bemerkenswert viele dem Ulpian eigentümliche Wendungen zu enthalten.

Beseler tadelt den Satz: „atquin — non competeret". „Das weiß der Leser", sagt er, „denn er kennt die lex AS., kennte er sie aber nicht, so würde ihm der Satz ein Rätsel aufgeben. Dazu stört der Satz den Gedankengang, indem er zwecklos einen fremden Fall in die Betrachtung hineinzieht." Aber dem Leser soll hier gar keine neue Kenntnis beigebracht werden, sondern es soll eine zweifelhafte Frage entschieden werden, nämlich die: „Finden die Bestimmungen der lex Aelia Sentia über Freilassungen in fraudem creditorum auf die Konstitution des Kaisers Marcus

Anwendung?“ Wie soll denn diese Frage gelöst werden, ohne daß auf die betreffende Bestimmung der lex AS. Bezug genommen wird? Außerdem spielt der beanstandete Satz ganz deutlich auf die Worte der Konstitution an: ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset.

Damit erweist sich Beselers Einwand als hinfällig und ist gerade der Satz mit atquin als echt erwiesen.

Beseler tadelt ferner facilius und libertas cessat. Was an facilius auszusetzen ist, weiß ich nicht. Libertas cessat findet sich bei Ulpian noch einmal, Dig. 40, 1, 4, 3, an einer, soweit ich sehe, unanstößigen Stelle. Cessare = non competere ist bei Ulpian außerordentlich beliebt und wird durch die Straßburger Ulpian-Fragmente (Jurispr. Anteist.[6] 498, 501), vat. 79, 82, 85, coll. 2, 4, 1. 12, 7, 7 stark gestützt.

Daß imputare von Beseler als Interpolationsmerkmal aufgeführt wird, kann uns nicht verwundern. Denn schon Beitr. III 111f. hat er dieses Wort als unklassisch zu erweisen gesucht; freilich nach unserer bescheidenen Ansicht ohne Grund. Sibi imputare findet sich bei Ulpian 22mal[1]), außerdem nur noch dreimal bei Paulus.[2]) Dagegen sagt Gajus immer de se queri[3]), während Ulpian und Paulus diese Wendung jeder nur einmal gebrauchen (Dig. 9, 2, 11 pr. 5, 3, 38). Soll man nun wirklich glauben, daß das Zufall ist? daß die Kompilatoren so geschickt interpoliert, bei Ulpian immer sibi imputare, bei Gajus stets de se queri eingesetzt haben? Die meisten der Stellen, an denen sibi imputare vorkommt, nicht alle, hat Beseler a. a. O. für interpoliert erklärt. Aber bei mancher sind seine Gründe recht fadenscheinig; bei andern ist bereits Widerspruch erhoben worden, so für Dig. 11, 6, 1, 1 von Levy, Privatstrafe S. 54 („ohne jeden Grund“), und für Dig. 12, 2, 23 und 37 von Biondo Biondi, Giuramento decisorio p. 55, 56 („senza ragioni plausibili“). Die übrigen bedürfen der Nachprüfung,

[1]) Dig. 2, 10, 1, 2. 4, 3, 1, 6. 4, 4, 3, 11. 4, 5, 2, 2. 4, 8, 27, 2. 11, 6, 1, 1. 12, 2, 23; 27. 14, 1, 1, 4; 9; 14. 14, 3, 7, 2. 20, 6, 6, 1. 27, 4, 3, 6. 38, 5, 3 pr. 39, 2, 13, 6. 39, 3, 3, 3. 42, 6, 1, 5; 11; 17. 46, 7, 5, 3.

[2]) Dig. 3, 5, 22 (23). 6, 1, 35, 2. 36, 3, 7.

[3]) Dig. 2, 13, 10. 17, 2, 72. 18, 6, 16 (15). 44, 7, 1, 5.

die ich natürlich hier nicht vornehmen kann; dazu wäre eine besondere Abhandlung erforderlich. Aber das verfehmte sibi imputare steht auch in den Straßburger Fragmenten aus Ulpians Disputationes, die Lenel herausgegeben hat (Jurisprud. Anteiust. ed. Seckel et Kübler I 500)! Freilich auch das wird Beseler schwerlich von seiner Ansicht abbringen. Er wird nun einfach auch dieses Fragment für interpoliert erklären. Doch kehren wir zu Dig. 40, 5, 4, 19 zurück und betrachten wir noch das letzte Argument, das Beseler gegen die Echtheit dieser Stelle vorbringt!

„Der erste quis verkennt, daß es nicht auf Vorteil oder Willen des Fiskus, sondern auf die Sicherheit der Gläubiger ankommt.“ Der erste quis ist doch wohl derjenige, welcher auf den Wortlaut der Konstitution Wert legt. Der kümmert sich aber gar nicht um den Vorteil oder Willen des Fiskus, sondern er will, daß die Freilassungen in Kraft treten. Dadurch sollen die Gläubiger keinen Schaden erleiden, sondern höchstens is qui addici sibi bona voluit. Damit dürfte auch dieser Einwand Beselers entkräftet sein.

Für Ulpian spricht aber noch exemplum sequi (Stellen VJR. V 369, 32; Echtheit gestützt durch vat. 83 u. 85) und die feine Unterscheidung der directae libertates und der fideicommissae; jene competunt, diese praestantur; bei jenen ist Voraussetzung der Unwirksamkeit consilium et eventus fraudandorum creditorum, bei diesen nur eventus. Das bestätigen folgende Stellen:

Jul. Dig. 42, 8, 15: libertates ut rescindantur, utrumque in eorundem persona exigimus e t c o n s i l i u m e t e v e n t u m.

Cod. 7, 11, 1 (a. 223): certum ius est non alias directas libertates per legem Aeliam Sentiam quae sunt in fraudem creditorum manumissorum, revocari, nisi et c o n s i l i u m fraudis hoc animo manumittentis e t e v e n t u s damni suum recipere volentium sequatur.

Cod. 7, 11, 7 (Diocl.): Si debitor ex administratione curae dominus tuus non solvendo constitutus fideicommissariam tibi reliquit libertatem, cum in fideicommissariis libertatibus e v e n t u m i n s p i c i t a n t u m obtinuerit, nihil eius voluntas tibi prodesse potest.

Wenn es aber bei den fideikommissarischen Freilassungen gar nicht auf das consilium fraud. cred. ankommt, sondern nur auf den eventus, so haben sie ja mit der hier aufgegeworfenen Frage gar nichts zu tun, und wenn sie am Schluß doch erwähnt werden, ist das nicht so recht ein Zeichen dafür, daß hier die Kompilatoren ihre Hand im Spiele haben, die es ja bekanntlich lieben, nicht zur Sache gehörige Bemerkungen anzuflicken? So wird sicherlich Beseler argumentieren. Aber ich kann einen solchen Gedankengang nicht als berechtigt anerkennen. Ulpian sagt: Wer auf die Analogie des Erbschaftsantritts Wert legt, der muß folgern, daß die direkten Freilassungen nicht wirksam werden, wenn Absicht und Erfolg der Gläubigerschädigung vorhanden ist, geschweige denn die fideikommissarischen, wenn der Erfolg eintritt.

Dig. 40, 5, 56. 40, 7, 3, 15. 41, 3, 31, 2. 42, 6, 1, 2 gebe ich preis. Vides, Gerharde, quantum tibi largiar, um mit Naber zu reden. Dagegen halte ich die Streichung von atquin Dig. 41, 7, 3 für ebenso überflüssig wie die Änderung in atque Dig. 46, 3, 93. Gründe kann ich mir sparen, da auch Beseler keine vorbringt.

Dig. 47, 8, 2, 23 ist, wie Ruggiero, Bull. XIV 69, 2 und Schulz, Zeitschr. Sav.-Stift. XXXII 36 gezeigt haben, einiges interpoliert, keineswegs aber der ganze Paragraph, wie Beseler meint. Gerade der Satz, auf den es uns hier ankommt, adquin ob rem depositam furti actionem non habemus hat die Wahrscheinlichkeit der Echtheit für sich. Vorher war gesagt, daß zur Actio vi bon. rapt. jeder Interessent aktiv legitimiert sei, wie zur actio furti, der Entleiher, der Mieter, der Pfandgläubiger, der Verwahrer, der gutgläubige Besitzer, der Nießbraucher. Nun wird der Einwand gemacht, daß doch der Verwahrer die actio furti nicht habe, und sehr passend mit atqui eingeleitet. Beseler tadelt, daß nicht geschrieben steht: rem apud nos depositam. Wäre das überliefert, so würde er wahrscheinlich sagen, daß apud nos, weil aus dem Zusammenhang selbstverständlich, überflüssig sei und also nicht vom Klassiker herrühren könne. Wenn eine Stelle unecht sein soll, dann kann ihr Verfasser

es machen, wie er will, er wird es seinem Kritiker niemals recht machen.[1])

Dig. 47, 10, 7 pr. § 1 (Ulp. l. 57 ad ed.) streicht Beseler ein langes Stück, von quia qui famosam bis Cornelia conveniri. „Eine Paraphrasis, die nur in wenigen Stücken sich an Ulpian anlehnt."[2]) Also doch an Ulpian sich anlehnt! Warum soll nun gerade atquin unecht sein? Dagegen spricht solemus dicere, eine ganz typisch Ulpianische Wendung, die bei ihm 19 mal, außerdem nur noch einmal, bei Javolen, begegnet (VJR. V 596, 42). Atquin solemus dicere, wie hier, steht auch Dig. 34, 3, 5 pr., und das macht mich höchst skeptisch gegen die Verdächtigungen dieser Stelle durch Faber (Coni. XVII 9), Krüger, Rotondi (Di alcune reforme giustinianee relative al „pactum de non petendo" p. 43) und Beseler (III 141, IV 181), so große Achtung ich auch vor dem Scharfsinn dieser Gelehrten habe. Denn sie vernachlässigen alle die sorgfältige Erforschung der Ausdrucksweise des Schriftstellers, den sie kritisieren.[3]) Sicherlich ist Dig. 47, 10, 7 § 1 überarbeitet,

---

[1]) Mit dem ersten Satze: Et generaliter dicendum est. ex quibus causis furti mihi actio competit, ex his causis habere me hanc actionem ist zu vergleichen Ulp. Dig. 46, 6, 4, 6: generaliter sciendum est: ex quibus causis diximus tutelae agi non posse, ex isdem causis ne ex stipulatu rem salvam fore agi posse dicendum est. Die Wiederholung des Substantivum causis nach isdem findet sich bei Ulpian noch Dig. 29, 2, 21, 2; 43, 30, 3, 2. 44, 4, 2 pr., außer ihm nur noch bei Florentinus Dig. 34, 4, 14, 1. Die übrigen lassen causis im zweiten Gliede fort: Pomponius Dig. 12, 1, 12. 44, 7, 24 pr.; Paulus Dig. 3, 4, 6, 3. 24, 1, 26, 1 (Neratius?). Ist das Zufall?

[2]) Man beachte die falsche Stellung des „sich", das nach gutem deutschen Stil hinter „die" stehen müßte. Wenn man Beselers Stil in derselben Weise korrigieren wollte, wie er es mit dem der klassischen Juristen tut!

[3]) Auf den Inhalt der Stelle und die vortreffliche Schrift des früh verstorbenen Rotondi einzugehen, würde zu weit führen. Der letzte Satz von sed cum alia an ist verdorben und gehört den Kompilatoren an. Aber der vorhergehende Satz: Atquin solemus dicere pacti exceptionem fideiussori dandam quae reo competit kann sehr wohl echt sein und ist auch seinem Inhalte nach von Rotondi nicht beanstandet. Aber die Frage nach dem Alter des Satzes, daß die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen (etiam invito reo) zustehen, insbesondere auch die exceptio pacti, bedarf erneuter Untersuchung.

aber die Gedanken sind, wie auch die Basiliken-Scholien erweisen, ulpianisch, und ich glaube, daß die Kompilatoren eher gekürzt, als erweitert haben. Für die Echtheit des atquin-Satzes spricht die Wendung ex quibus causis, ex his causis mit Wiederholung von causis[1]) und die Paraphrase des Scholiasten (Dorotheus?)[2]): *λοιπὸν ὡς ἐν ἀντιθέσει ἐπιφέρει* (nämlich Ulpian). *Καὶ μὴν ἐώθαμεν λέγειν κτλ.*

Dig. 47, 10, 26, Paul. 2, 19 ad ed. Der größte Teil der Stelle wird eingeklammert. Gründe anzugeben hält Beseler für überflüssig.

Dig. 48, 5, 16 pr., Ulp. l. 2 de adult. ⟨—⟩ [Si maritus sit in magistratu, potest praeveniri a patre: atquin non oportet.] et putat Pomponius debere dici, quoad maritus magistratum gerit, patris quoque accusationem impediendam etc. „Si — oportet ist zwecklose Antizipation. Potest pr. ist unwahr, es wäre nur dann wahr, wenn des Pomponius Entscheidung nicht gälte.“ Beseler beachtet nicht, daß potest „könnte“ heißt. Damit verliert sein Tadel die Berechtigung. Si — oportet ist nicht zwecklose Antizipation, sondern präzise Formulierung des Tatbestandes. Man sollte meinen, die knappe Fassung hätte Lob verdient. Aber „tut nichts! der Jude (atquin) wird verbrannt“.

Dig. 48, 10, 14, 2, Paul. l. 22 quaest. Eingeklammert werden die Worte [an ideo non denegamus huic actiones, quoniam alii restituturus est? adquin] und durch nam ersetzt. Gründe: denegamus. actiones. Denegamus kommt sonst bei Paulus nicht vor, ist aber in den Quaestiones erträglich. Der Pluralis actiones erklärt sich daraus, daß es sich um eine Vermächtnisklage handelt, also sowohl actio in rem wie in personam möglich ist. Für Paulus spricht die Verbindung ideo—quoniam; sie begegnet nur bei Scävola, Papinian, Ulpian, Paulus, Macer und Modestin (VJR. III 344, 11), also Juristen der Severischen Zeit, und Paulus ist dabei besonders stark vertreten. Das kann kein Zufall sein. Ich habe schon vor dreißig Jahren darauf hingewiesen, daß der Sprachgebrauch der Juristen individuell behandelt werden muß und daß sich die Diktion der Juristen der Severischen Zeit

[1]) Siehe S. 537 Anm. 1. [2]) Heimb. Basil. VI 328.

sehr stark von der ihrer Vorgänger unterscheidet. Aber das wird von der modernen Interpolationenforschung und zumal von Beseler völlig vernachlässigt.

Dig. 48, 16, 1, 10 Marcian. l. sing. ad S. C. Turp. „Das ganze unerträglich breite, inhaltlich minderwertige, sprachlich vielfach auffällige Stück ist Paraphrasis. Auch ein Paraphrast konnte Papinian zitieren.“ Beitr. III 165 war Beseler noch viel zahmer. Jetzt, wo das zweimalige atquin fallen muß, wird die ganze Stelle verworfen. Daß das ganze Stück Paraphrase ist, davon kann gar keine Rede sein. Der Basilikenscholiast (Dorotheus?) stützt die Echtheit der Stelle.

Damit sind wir am Ende unserer Antikritik angelangt. Mögen auch immerhin einige Stellen, an denen atquin steht, interpoliert sein, so ist doch die Mehrzahl echt. Der Beweis, daß die Juristen dieses Wort aus ihrer Sprache verbannt hätten, ist nicht erbracht. Es ist auch nicht der leiseste Grund dafür auszudenken, weshalb sie das getan haben sollten. Denn das Wort ist für die wissenschaftliche Diskussion, die mit selbstgemachten Einwänden, wie sie z. B. Papinian liebt[1]), operiert, wie geschaffen. Und selbst, wenn der eine oder der andere der Juristen sich des Wortes enthalten haben sollte, so wäre es doch sehr auffallend und im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß sie es alle gemieden hätten. Denn, wie wir im Laufe dieser Untersuchung mehrfach gezeigt haben, war nicht nur ihre Denkart, sondern auch ihre Schreibweise individuell verschieden. Ich hätte dem verehrten Meister, zu dessen Ehren ich diese Zeilen schreibe, lieber eine selbständige Untersuchung statt einer solchen Kritik vorgelegt. Aber ich halte sie nicht für überflüssig. Denn es handelt sich hier um eine grundsätzliche Frage. Beseler läßt sich, wie der neueste Band seiner Beiträge zeigt, durch alle Widersprüche von seiner Methode nicht abbringen; er wird vielmehr dadurch nur in seiner Ansicht bestärkt. Da schien es notwendig, einmal an einem Beispiele das Verfehlte derselben aufzuzeigen. Kein Forscher kann und wird sich die Zeit nehmen, jedes Wort, das Beseler beanstandet, in der Weise, wie hier geschehen, zu

[1]) Vgl. Dirksen, Hinterlassene Schriften, herausgeg. von Sanio II 466, 467.

aber die Gedanken sind, wie auch die Basiliken-Scholien erweisen, ulpianisch, und ich glaube, daß die Kompilatoren eher gekürzt, als erweitert haben. Für die Echtheit des atquin-Satzes spricht die Wendung ex quibus causis, ex his causis mit Wiederholung von causis[1]) und die Paraphrase des Scholiasten (Dorotheus?)[2]): *λοιπὸν ὡς ἐν ἀντιθέσει ἐπιφέρει* (nämlich Ulpian). *Καὶ μὴν ἐώθαμεν λέγειν κτλ.*

Dig. 47, 10, 26, Paul. 2, 19 ad ed. Der größte Teil der Stelle wird eingeklammert. Gründe anzugeben hält Beseler für überflüssig.

Dig. 48, 5, 16 pr., Ulp. l. 2 de adult. ⟨—⟩ [Si maritus sit in magistratu, potest praeveniri a patre: atquin non oportet.] et putat Pomponius debere dici, quoad maritus magistratum gerit, patris quoque accusationem impediendam etc. „Si — oportet ist zwecklose Antizipation. Potest pr. ist unwahr, es wäre nur dann wahr, wenn des Pomponius Entscheidung nicht gälte.“ Beseler beachtet nicht, daß potest „könnte“ heißt. Damit verliert sein Tadel die Berechtigung. Si — oportet ist nicht zwecklose Antizipation, sondern präzise Formulierung des Tatbestandes. Man sollte meinen, die knappe Fassung hätte Lob verdient. Aber „tut nichts! der Jude (atquin) wird verbrannt“.

Dig. 48, 10, 14, 2, Paul. l. 22 quaest. Eingeklammert werden die Worte [an ideo non denegamus huic actiones, quoniam alii restituturus est? adquin] und durch nam ersetzt. Gründe: denegamus. actiones. Denegamus kommt sonst bei Paulus nicht vor, ist aber in den Quaestiones erträglich. Der Pluralis actiones erklärt sich daraus, daß es sich um eine Vermächtnisklage handelt, also sowohl actio in rem wie in personam möglich ist. Für Paulus spricht die Verbindung ideo—quoniam; sie begegnet nur bei Scävola, Papinian. Ulpian, Paulus, Macer und Modestin (VJR. III 344, 11), also Juristen der Severischen Zeit, und Paulus ist dabei besonders stark vertreten. Das kann kein Zufall sein. Ich habe schon vor dreißig Jahren darauf hingewiesen, daß der Sprachgebrauch der Juristen individuell behandelt werden muß und daß sich die Diktion der Juristen der Severischen Zeit

---

[1]) Siehe S. 537 Anm. 1. [2]) Heimb. Basil. VI 328.

sehr stark von der ihrer Vorgänger unterscheidet. Aber das wird von der modernen Interpolationenforschung und zumal von Beseler völlig vernachlässigt.

Dig. 48, 16, 1, 10 Marcian. l. sing. ad S. C. Turp. „Das ganze unerträglich breite, inhaltlich minderwertige, sprachlich vielfach auffällige Stück ist Paraphrasis. Auch ein Paraphrast konnte Papinian zitieren.“ Beitr. III 165 war Beseler noch viel zahmer. Jetzt, wo das zweimalige atquin fallen muß, wird die ganze Stelle verworfen. Daß das ganze Stück Paraphrase ist, davon kann gar keine Rede sein. Der Basilikenscholiast (Dorotheus?) stützt die Echtheit der Stelle.

Damit sind wir am Ende unserer Antikritik angelangt. Mögen auch immerhin einige Stellen, an denen atquin steht, interpoliert sein, so ist doch die Mehrzahl echt. Der Beweis, daß die Juristen dieses Wort aus ihrer Sprache verbannt hätten, ist nicht erbracht. Es ist auch nicht der leiseste Grund dafür auszudenken, weshalb sie das getan haben sollten. Denn das Wort ist für die wissenschaftliche Diskussion, die mit selbstgemachten Einwänden, wie sie z. B. Papinian liebt[1]), operiert, wie geschaffen. Und selbst, wenn der eine oder der andere der Juristen sich des Wortes enthalten haben sollte, so wäre es doch sehr auffallend und im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß sie es alle gemieden hätten. Denn, wie wir im Laufe dieser Untersuchung mehrfach gezeigt haben, war nicht nur ihre Denkart, sondern auch ihre Schreibweise individuell verschieden. Ich hätte dem verehrten Meister, zu dessen Ehren ich diese Zeilen schreibe, lieber eine selbständige Untersuchung statt einer solchen Kritik vorgelegt. Aber ich halte sie nicht für überflüssig. Denn es handelt sich hier um eine grundsätzliche Frage. Beseler läßt sich, wie der neueste Band seiner Beiträge zeigt, durch alle Widersprüche von seiner Methode nicht abbringen; er wird vielmehr dadurch nur in seiner Ansicht bestärkt. Da schien es notwendig, einmal an einem Beispiele das Verfehlte derselben aufzuzeigen. Kein Forscher kann und wird sich die Zeit nehmen, jedes Wort, das Beseler beanstandet, in der Weise, wie hier geschehen, zu

[1]) Vgl. Dirksen, Hinterlassene Schriften, herausgeg. von Sanio II 466, 467.

prüfen. Und doch wäre das eigentlich notwendig. Denn sonst setzen sich falsche Meinungen fest, wie das leider in der modernen Interpolationsforschung schon stark der Fall ist. Subjektswechsel, quidem-vero, sane, sine dubio, sed et, hoc casu, quod si, und wer weiß was sonst noch für harmlose Ausdrücke werden als Interpolationsmerkmale verwertet. „Quod si", schreibt Ebrard, Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam S. 110, „ist bekanntlich typisch unecht." Und S. 120 derselben Schrift: „quod si gilt für interpolatorisch". Beide Male beruft er sich auf Bluhme, ZGR. 4 p. 291, 342, Beseler III p. 7 und Pringsheim, Kauf mit fremdem Gelde p. 152. Die beiden ersteren sagen aber nichts davon, daß quod si interpolatorisch sei. Nur Pringsheim behauptet, quod si sei eine beliebte Anknüpfung der Kompilatoren und bringt sechs Beispiele dafür.[1]) Diesen steht aber die ungeheure Masse der Stellen gegenüber, an denen quod si echt ist. VJR V. 444 gibt nur eine ganz kleine Auswahl, darunter aber sehr viele Stellen aus Gajus' Institutionen, Ulpians Regeln, den Sentenzen des Paulus, den Vatikanischen Fragmenten und der Collatio. Ebensogut könnte man auch et oder non für typisch unecht oder interpolatorisch erklären; denn beide Worte kommen häufig in interpolierten Stellen vor. Aber einer nimmt eine hingeworfene Behauptung seines Vorgängers auf, verallgemeinert sie und stempelt sie zu einem feststehenden Satze, der „bekanntlich" gilt. Man macht sich eine Grammatik zurecht, die in der lebenden Sprache der Römer nie gegolten hat, und erdichtet sich einen Stil klassischer Juristen, den es nie gegeben hat, und mit diesem selbstfabrizierten Maßstabe werden die erhaltenen Fragmente klassischer Juristen gemessen, und alles was nicht paßt, den Kompilatoren zugewiesen. Im zweiten Jahrhundert nach Christus hat in Wahrheit kein Mensch mehr klassisches, d. h. ciceronianisches Latein geschrieben, also auch die Juristen nicht. Das Eindringen griechischer Einflüsse konnte auch die Juristen nicht unberührt lassen. Daß Gajus sich Gräzismen erlaubte, gibt Beseler zu: aber er bestreitet, daß man von dem Stil des Gajus Rückschlüsse auf die der

[1]) Ähnlich auch Albertario, Rendic. del. R. Ist. Lomb. 1912 p. 473.

übrigen Juristen machen dürfe. Nun war aber Ulpian aus Tyrus, und auch Papinian war höchstwahrscheinlich Syrer von Abstammung. Bei ihnen sollte man also an griechischen Wendungen erst recht nicht Anstoß nehmen. Papinian schrieb seinen *Ἀστυνομικὸς μονόβιβλος*, Modestinus seine Excusationes griechisch. Griechische Büchertitel begegnen schon von Q. Mucius Scaevola an: *ὅροι, πιθανά, ἐγχειρίδιον, ὑποθηκάρια, πανδέκται, εὑρηματικά.* Scaevola und Paulus respondierten sehr häufig auf griechische Anfragen; Marcian war mit der griechischen Literatur und Philosophie wohl vertraut und schrieb vielleicht für Griechen.

Graecia capta ferum victorem cepit et artes
Intulit agresti Latio.

Daß Rom eine Griechenstadt geworden war, beklagt Juvenal bitter in der dritten Satire. Die jungen Römer wuchsen unter griechischen Sklaven auf. ihre Hauslehrer waren Griechen, am Tische ihrer Eltern saßen griechische Literaten und Philosophen, sie machten ihre Studien in Griechenland. Das alles sollte auf ihre Sprache ohne Einfluß geblieben sein? Es wäre geradezu wunderbar, wenn ihr Stil frei von Gräzismen wäre.

Die Beselersche Interpolationenforschung, und nicht sie allein, schießt weit über das Ziel hinaus. Beseler hat den Boden unter den Füßen verloren, und sein Verfahren läßt bisweilen strenge Wissenschaftlichkeit vermissen. Wir wissen, daß viele Stellen der Digesten und des Codex interpoliert sind. Das enthebt uns aber nicht der Pflicht und der Notwendigkeit, jedesmal, wenn wir eine Interpolation erkannt zu haben glauben, den Beweis dafür mit aller Vorsicht und Sorgfalt zu erbringen. Ein sprachlicher Anstoß ist noch kein genügender Beweis; ein Kopistenfehler erst recht nicht. Zum bloßen Vergnügen haben die Kompilatoren nicht interpoliert; sie haben mit ihren Einschiebseln nnd Streichungen ganz bestimmte Zwecke verfolgt, und diese müssen, wenn irgend möglich, aufgezeigt werden. Es kann unter Umständen nützlich sein, einzelne Worte als besondere Kennzeichen der Interpolation nachzuweisen, wie das z. B. Gradenwitz erfolgreich mit cumulus, certiorare, adimplere, coadunare, celebrare, licentiam habere getan hat. Bei indifferenten Worten

wie atquin, circa, citra, cur, hodie ist es wertlos. Ebenso wahrscheinlich bei sehr vielen anderen von Beseler behandelten, die ich aber nicht alle nachprüfen kann.[1])

Niemand wird bestreiten, daß Beseler ebenso kenntnisreich wie scharfsinnig ist, daß seine Forschungen viel Anregungen gegeben, viel Nutzen gestiftet haben. Diese Vorzüge würden noch viel mehr hervortreten, wenn er sich vor Übertreibungen und Einseitigkeiten hütete. Wenn ein Wort an der einen oder anderen Stelle interpoliert ist, muß es nicht gleich überall interpoliert sein; vor allem aber ist dem Sprachgebrauch der einzelnen Juristen viel mehr Aufmerksamkeit zuzuwenden als bisher geschehen ist. Ihn unter und trotz der justinianischen Überarbeitung zu erkennen und aufzudecken, ist eine lohnende Aufgabe und vielleicht nicht minder wichtig als die Aufspürung der Interpolationen.

[1]) An die Unechtheit von quippe glaube ich a priori nicht. Bei Justinian kommt das Wort im ganzen zweimal vor, nie in den Institutionen!

XXI.

Gefahrtragung beim Kauf.

Von

Herrn Professor Dr. **E. Rabel**
in München.

In der deutschen Literatur hat bis vor kurzem niemand an der klassischen Herkunft der im Corpus iuris vorgetragenen Lehre vom periculum emptoris gezweifelt, in der italienischen nur Arnò wirkungslose Angriffe gegen sie gerichtet. Dann vertrat ich die Ansicht[1]), daß die klassischen Juristen zwar das periculum emptoris kannten, aber in anderem und beschränkterem Sinne verstanden als die Byzantiner, deren Eingriffe in die Quellen weit reichen. Die von mir gewünschte neue textkritische Untersuchung ist bald in einer jede Erwartung übertreffenden Leistung durch F. Haymann[2]) erbracht worden. Sein Ergebnis aber ist nicht meine halbe, sondern eine sehr entschiedene ganze Leugnung des peric. empt. Die Klassiker hätten in von Anfang feststehender, ganz einheitlicher Lehre die Gegenseitigkeit beim Kaufvertrag genau in derselben Weise verstanden, wie BGB. §§ 323. 446. Also: periculum venditoris bis zur Tradition!

Auch die umfassende und gründliche Forschung Haymanns kann natürlich einen so verzweigten Gegenstand nicht sogleich endgültig erledigen. Sie hat aber durch ausgezeichnete Sichtung des Quellen- und Literaturmaterials für jede nachfolgende Untersuchung den Boden bereitet,

---

[1]) Grundzüge d. r. Privatr. 483f.

[2]) Diese Zeitschrift 41, 44—185, im folgenden zitiert H(aymann); die vorhergehende hervorragende Abhandlung über die custodia Bd. 40, 167—350 wird mit der Bandzahl bezeichnet. — Mit Recht bekennt bereits inzwischen Arangio-Ruiz, Corso di istituzioni di dir. rom. 1 (1921) 232f. einen tiefen, von den Darlegungen H.s erhaltenen Eindruck und zugleich die Notwendigkeit weiterer Prüfung.

und ihr verdanke ich es, wenn ich auf knappstem Raum es unternehmen darf, meine eigenen Ansichten wenigstens an demjenigen Punkte ein Stückchen weiter zu führen, wo wir voneinander abweichen. Unsere methodischen Absichten sind völlig dieselben, wie für jeden, der die Arbeit der römischen Juristen vom Gesichtswinkel der heutigen Rechtswissenschaft aus geschichtlich würdigen will — das große Vorbild des verehrten heutigen Jubilars vor Augen.

Es sind vor allem zwei Erscheinungen im Quellenbestande, die mit den Ergebnissen Haymanns nicht übereinstimmen. Vielleicht werden auch sie mit der weiterschreitenden Erkenntnis verschwinden. Es ist aber Pflicht, auf sie hinzuweisen. Die deutlichsten Bedenken erregt es, daß der Käufer eines Sklaven die Gefahr des Todes des Sklaven nicht tragen soll (I). Zum andern ist es zwar sicher, daß die Tradition im klassischen Zustand der Gefahrlehre eine Rolle spielte, aber mit den Quellen kaum vereinbar, daß sie den gedankenmäßigen Ausgangspunkt in der Art wie in § 446 BGB. bildete (II). Allgemeinere Überlegungen (III und IV) mögen sodann dartun, wie das Problem sich den römischen Juristen dargestellt haben mag. Treten durch alle diese Erwägungen die Schwierigkeiten des Gegenstands hervor, so ist doch zu hoffen, daß es der vereinten Anstrengung mit der Zeit gelingen wird, sie zu besiegen.

I. Homo mortuus.

Unsere quellenmäßigen Anhaltspunkte sind dreifacher Art.

1. Unmittelbare Belege für die Gefahr des Käufers enthalten mit verhältnismäßiger Verläßlichkeit die nächstfolgenden Stellen.

a)[1]) Jul. D. 18, 5, 5, 2: Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare [—] actiones ex empto et vendito manebunt.

---

[1]) Haymann 132ff. Der Schlußsatz quare darf hier auf sich beruhen, da auch seine Unechtheit das Vorangehende nicht berühren würde.

Allgemein erfordert, wie mir scheint, die Beurteilung, daß wir die Tatbestände gesondert hinnehmen, wie sie dargestellt sind, und nicht von vornherein eine einheitliche Lehre von der „Gefahrtragung beim Kauf" unterstellen. Dann aber widerspricht der Ausspruch des Julian keineswegs seiner von mir ebenso stark wie von Haymann betonten Entscheidung in D. 19, 2, 33, die zugunsten des Käufers lautet. Denn dort ist nur von Enteignung eines gekauften Grundstücks gesprochen; selbst das Beispiel des solum corruptum ist dort ausdrücklich nur für die Miete angezogen. Daß der Klassiker nun den Tod des Sklaven wie die Tradition behandeln will, ist immerhin eher verständlich[1]), als daß die Kompilatoren dies tun sollten, für die die Tradition in der Gefahrtragung keine Rolle spielt. Wenn H. vermutet, daß der Käufer in Annahmeverzug sei, so wird er selbst nicht verkennen, daß das eine Verlegenheitsannahme ist. Jul. wird ausgeführt haben, die emptio sei nicht mehr integra (§ 1), wenn der Sklave gestorben ist, ebenso wie nach Tradition. Utpote cum kommt gerade bei den älteren Juristen vor[2]) und bietet hier eine gute Beweisführung für die Gleichstellung, insofern in beiden Fällen der Verkäufer befreit wird und seine Klage behält.

b)[3]) Diocl. C. 4, 48, 6: Mortis casus ancillae distractae etiam ante traditionem sine mora venditoris dilatam non ad venditorem sed ad emptorem pertinet, et hac non ex praeterito vitio rebus humanis exempta solutionem emptor pretii non recte recusat.

Wieder ist auf die Tradition hingewiesen, und hier stimmt auch H. dafür: es sei ein Zeichen der Echtheit, nicht der byzantinischen Mache. Doch scheint es mir möglich, daß

---

1) Vgl. unten II 2. 2) Heumann-Seckel.

3) H. 146f. — Zur selben Konstitution gehört nach P. Krüger C. 4, 49, 16. Sachlich stimmen die beiderseitigen Rechtsauffassungen auch bestens zusammen, vgl. unten Ziff. 2 und 3, obgleich nicht klar ist, ob sich die jedenfalls verkürzte c. 16 auch noch mit der ancilla distracta beschäftigt (etwa die pecora Beispiel sind) oder sowohl ancilla als pecora verkauft waren. Eher ist mit Schulz, Kr. Vjschr. 1912, 48 N. 52 letzteres anzunehmen.

Diocl. von der *καταγραφή* sprach. Am Gefahrübergang mit dem Kaufabschluß würde dies nichts ändern. Abermals will H. Annahmeverzug des Käufers voraussetzen; „sine mora venditoris" ohne Erwähnung der mora emptoris ist eher der Beweis des Gegenteils.

c)[1]) Paul. D. 18, 1, 34, 6: Si emptio ita facta fuerit: est mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare — sed uno mortuo qui superest dandus est [et ideo — respicit.][2]) Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur. Unus enim utique periculo emptoris vixit . . . .

Die ganze Entscheidung ist, wofern man eben nicht das periculum emptoris für überhaupt undenkbar hält, völlig sachgemäß.[3]) Dagegen würde sie, von den Kompilatoren erfunden, mit ihrer von H. so trefflich geschilderten Lehre von der emtio perfecta nicht recht stimmen, wie H. 137 selbst hervorhebt. Daß für die beiden Sklaven etwa verschiedene Kaufpreise ausgemacht wären, durfte unberücksichtigt bleiben, ja ist durch die Fassung der den Kauf formulierenden Frage ausgeschaltet. — Wohl stellt sich ein Gegensatz zwischen Alternativschuld und beschränkt generischem Kauf (D. 18, 1, 35, 7) heraus, der aber nicht dem Doktrinarismus von Byzantinern und Pandektisten vorgeworfen werden muß: ob das Individuum als Erfüllungsgegenstand erheblich ist, bleibt auch für die modernste Theorie ein wichtiges Kriterium.[4])

d)[5]) Die Auslegung der berühmten Entscheidung des

---

[1]) H. 134ff. [2]) [et ideo — respicit] von H. 135 als unecht erwiesen.

[3]) Zu periculo vixit vgl. Paul. fr. Vat. 114.

[4]) Hierfür s statt aller Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld 134ff.

[5]) H. 68—70. Meine einstige Auffassung (Haftung 121) ist durch H., wie obiges zeigt, nicht widerlegt, ich halte sie aber nicht voll aufrecht. Celsus ist ein scharfsinniger Ausdeuter altertümlicher Anschauungen. Die von ihm bevorzugte Konstruktion könnte ursprünglich einer der Versuche gewesen sein, den Pränumerationskauf juristisch unterzubringen, der bekanntlich überall große Schwierigkeiten verursacht hat, vgl. z. B. Koschaker, Rechtsvergl. Stud. 139. Dabei büßte man die Verpflichtung des Geldempfängers ein. Wenn Celsus dies im zweiten Beispiel zum Vorteil des Vorleistenden wendet, so ist der Gedanke demjenigen, der beim Darlehen (D. 12, 1, 2, 2; 44, 7, 3, 1) und beim Tausch

Celsus D. 12, 4, 16 bleibt z. Z. Auffassungssache. „Wie ich sie verstehe", spricht die Stelle nicht gegen, sondern für die Gefahr des Käufers. Celsus erklärt von dem Falle ‚Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares': er sei eher nicht analog dem Kaufvertrag zu behandeln, sondern: nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta. Das heißt m. E.: die einzige Obligation, die aus diesem Tatbestand entspringt, ist die auf Rückgewähr der (bei uns sog.) Bereicherung gerichtete, und negativ: der Geber hat überhaupt keinen Anspruch auf Leistung — Manzipation und Tradition — des Stichus, kein Teil einen sonstigen aus der bonae-fidei-Formel, der Verkäufer nicht die Rechtslage des habere-licere-Systems. Die drei Beispiele beleuchten sämtlich den praktischen Unterschied zum Kauf; das erste: „si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares" wäre gerade minder verständlich, wenn beim Kauf dasselbe gälte, nämlich die Rückgabe des Geldes; darauf, daß die Rückgabe mit condictio und nicht actio empti (vgl. D. 19, 2, 33) erzielt wird, legt das einfache ‚repetere possum' gar kein Gewicht.

e) Eine wirkliche Gegeninstanz[1]) gibt es für unseren engen Tatbestand des homo mortuus nicht. Paul. D. 18, 4, 21[2]) unterscheidet zwar zwischen dem Verkauf eines Sklaven und dem Verkauf einer Erbschaft, zu der ein Sklave gehört, im Hinblick darauf, daß dieser Sklave nochmals an einen Dritten verkauft und darauf gestorben ist. Kein Wort deutet aber darauf, daß nur beim Erbschaftsverkauf der Käufer die Gefahr trage und dies hier entscheide.[3]) Der in der Stelle angegebene Grund genügt

(D. 19, 4, 1, 3) auftritt, stärker verwandt, als ich seinerzeit annahm. Die Grundauffassung würde zu der proculianischen Abneigung passen, den Tausch zum Kauf zu zählen, und wohl zu der Theorie Labeos vom contractus als ultro citroque obligatio, über die wir von Partsch näheres erwarten.

[1]) Am ehesten wäre eine solche D. 18, 2, 2, 1. Vgl. aber unten II 2. Andererseits ist z. B. das arg. a contr. aus Ulp. D. 23, 3, 10, 5 kaum abzuweisen, eben weil Tradition nicht erwähnt ist, vgl. H. 85.

[2]) H. Bd. 40, 322ff. in ausgezeichneter Textkritik.

[3]) H. 325 unten spricht von der „natürlich von den Kompilatoren

durchaus für die Entscheidung: der Erbe wird „gleichsam als Geschäftsführer“ behandelt, wenn er tamquam heres den Erbschaftssklaven anderweitig verkaufte. Ja, Paulus vergleicht dies ausdrücklich mit dem Singularverkäufer eines Grundstücks, der dem Käufer die nach dem Verkauf gezogenen Früchte herauszugeben habe. Des Einzelverkäufers anderweiten Verkauf will er dagegen nicht als Geschäftsführung betrachten.[1])

2. Wir sind aber nicht auf die unmittelbar die Gefahr des Sklaventodes behandelnden und daher der Interpolation besonders ausgesetzten Stellen der Kompilation allein angewiesen. Vielmehr besitzen wir ein Stück eines der Kommentare zur Formel der actio venditi aus dem Platze, wo sie sich mit der Stellung des Verkäufers vor der Übergabe beschäftigen, in

Ulp. D. 19, 1, 13, 22: Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nomine

---

ausgemerzten Erwägung, daß hier und nur hier den Käufer die Gefahr treffe“.

[1]) Nicht unbeachtlich wäre bei dieser Stelle — wie auch anderen! —, daß sich unter Voraussetzung des periculum venditoris ein neues, nicht durchaus leicht zu denkendes Bild ergäbe. Vor allem kann im Hauptfall und im Nebenbeispiel des Einzelverkaufs die aufgeworfene Frage um das Schicksal des zweiten Kaufpreises nur entstehen, wenn der zweite Käufer die Gefahr des Todes des Kaufsklaven trägt; dem müßte mit einer Interpolationenannahme abgeholfen werden; etwa im Eingangssatz vendidit [et tradidit] und im Nam-Satze statt pretiumque accepero: [et tradidero]. — Dagegen ist vom ersten Käufer beide Male sicher, daß ihm noch nicht tradiert ist. Beim Erbschaftsverkauf mit (von H. unbestrittener) Pflicht zur Preiszahlung macht dies auch keine Schwierigkeit. Wie kann man aber beim Einzelverkauf, wenn der Käufer infolge Todes des Sklaven selber nichts zu zahlen hat, in Betracht ziehen, daß er den anderweit erzielten Kaufpreis als Ersatz erhalten soll? Verneint wird es ja nur, weil der Einzelverkäufer nicht als Geschäftsführer anzusehen sei. Endlich wird nicht danach unterschieden, ob nicht der erste Kaufpreis bezahlt ist, und trotzdem vom Verkäufer gesagt, daß er nichts schulde: nihil tibi debeam, während er bei eigener Gefahrtragung doch den Kaufpreis zurückzugeben hätte. Entscheidend sind alle diese Zweifel gewiß nicht.

actionem. idem et si ⟨quid?⟩ in aegri servi curationem impensum est ante traditionem [aut si quid in disciplinas quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi].

Ich verteidige nicht jedes Wort als echt, am wenigsten das seit Pernice[1]) gerügte Bruchstück aut si . . . Den klassischen Grundzug wird aber niemand angreifen wollen. Wie kommt nun der Käufer dazu, auch noch so notwendige Aufwendungen des Verkäufers ersetzen zu müssen? Trägt der Verkäufer die Gefahr, so ist es sein eigenes Interesse, die Kaufsache zu erhalten; wenn trotz der aufgewendeten Kurkosten der Sklave stürbe, so dürfte der Käufer die Preiszahlung verweigern, und es wäre recht auffällig, sollte er dann doch noch die Kurkosten zu bezahlen haben. So zu denken, sind wir mit Grund gewohnt. Nach § 450 BGB. weiß man, daß nur bei Gefahr des Käufers (§ 447) ebenso wie nach l. 13 § 22 entschieden werden muß und bei Gefahr des Verkäufers (§ 446) gegenteilig![2]) Im selben Sinn sagt Diocl. C. 4, 49, 16, daß dem Verkäufer die sumptus ersetzt werden müßten; es ist, wie mit Recht angenommen wird, dasselbe Reskript, das in C. 4, 48, 6 dem Käufer die Gefahr des Todes der Kaufsklavin zuschiebt. Besonders weit, bis in den Gedankenkreis der sog. Entäußerungstheorie hin, führt der Schluß der Stelle:

hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

Der Kaufsklave ist gestorben, der Verkäufer erhält die Bestattungskosten, an sich als dominus zu ihrer Tragung der nächste (Paul. 1, 21, 10), vom Käufer ersetzt. Freilich darf der Bedingungssatz beanstandet werden, sowie oportere und das consequi ohne Subjekt und Prädikat, im Vergleich mit der guten Diktion bei Lab.-Ulp. D. 18, 4, 2, 17. Doch sind auch dies Anzeichen der Kürzung, noch nicht einer Erfindung, da hoc amplius eine andere Entscheidung ausschließt.

---

[1]) Labeo 2, 1, 188; P. Krüger z. St.

[2]) Düringer-Hachenburg, HGB. 3, 36 Anm. 39; 93 Anm. 113. Vgl. Bechmann, Kauf III 1, 140 Anm. 3.



durchaus für die Entscheidung: der Erbe wird „gleichsam als Geschäftsführer" behandelt, wenn er tamquam heres den Erbschaftssklaven anderweitig verkaufte. Ja, Paulus vergleicht dies ausdrücklich mit dem Singularverkäufer eines Grundstücks, der dem Käufer die nach dem Verkauf gezogenen Früchte herauszugeben habe. Des Einzelverkäufers anderweiten Verkauf will er dagegen nicht als Geschäftsführung betrachten.[1])

2. Wir sind aber nicht auf die unmittelbar die Gefahr des Sklaventodes behandelnden und daher der Interpolation besonders ausgesetzten Stellen der Kompilation allein angewiesen. Vielmehr besitzen wir ein Stück eines der Kommentare zur Formel der actio venditi aus dem Platze, wo sie sich mit der Stellung des Verkäufers vor der Übergabe beschäftigen, in

> Ulp. D. 19, 1, 13, 22: Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim Labeo et Trebatius esse ex vendito hoc nomine

---

ausgemerzten Erwägung, daß hier und nur hier den Käufer die Gefahr treffe".

[1]) Nicht unbeachtlich wäre bei dieser Stelle — wie auch anderen! —, daß sich unter Voraussetzung des periculum venditoris ein neues, nicht durchaus leicht zu denkendes Bild ergäbe. Vor allem kann im Hauptfall und im Nebenbeispiel des Einzelverkaufs die aufgeworfene Frage um das Schicksal des zweiten Kaufpreises nur entstehen, wenn der zweite Käufer die Gefahr des Todes des Kaufsklaven trägt; dem müßte mit einer Interpolationenannahme abgeholfen werden; etwa im Eingangssatz vendidit [et tradidit] und im Nam-Satze statt pretiumque accepero: [et tradidero]. — Dagegen ist vom ersten Käufer beide Male sicher, daß ihm noch nicht tradiert ist. Beim Erbschaftsverkauf mit (von H. unbestrittener) Pflicht zur Preiszahlung macht dies auch keine Schwierigkeit. Wie kann man aber beim Einzelverkauf, wenn der Käufer infolge Todes des Sklaven selber nichts zu zahlen hat, in Betracht ziehen, daß er den anderweit erzielten Kaufpreis als Ersatz erhalten soll? Verneint wird es ja nur, weil der Einzelverkäufer nicht als Geschäftsführer anzusehen sei. Endlich wird nicht danach unterschieden, ob nicht der erste Kaufpreis bezahlt ist, und trotzdem vom Verkäufer gesagt, daß er nichts schulde: nihil tibi debeam, während er bei eigener Gefahrtragung doch den Kaufpreis zurückzugeben hätte. Entscheidend sind alle diese Zweifel gewiß nicht.

actionem. idem et si ⟨quid?⟩ in aegri servi curationem impensum est ante traditionem [aut si quid in disciplinas quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi].

Ich verteidige nicht jedes Wort als echt, am wenigsten das seit Pernice[1]) gerügte Bruchstück aut si . . . Den klassischen Grundzug wird aber niemand angreifen wollen. Wie kommt nun der Käufer dazu, auch noch so notwendige Aufwendungen des Verkäufers ersetzen zu müssen? Trägt der Verkäufer die Gefahr, so ist es sein eigenes Interesse, die Kaufsache zu erhalten; wenn trotz der aufgewendeten Kurkosten der Sklave stürbe, so dürfte der Käufer die Preiszahlung verweigern, und es wäre recht auffällig, sollte er dann doch noch die Kurkosten zu bezahlen haben. So zu denken, sind wir mit Grund gewohnt. Nach § 450 BGB. weiß man, daß nur bei Gefahr des Käufers (§ 447) ebenso wie nach l. 13 § 22 entschieden werden muß und bei Gefahr des Verkäufers (§ 446) gegenteilig![2]) Im selben Sinn sagt Diocl. C. 4, 49, 16, daß dem Verkäufer die sumptus ersetzt werden müßten; es ist, wie mit Recht angenommen wird, dasselbe Reskript, das in C. 4, 48, 6 dem Käufer die Gefahr des Todes der Kaufsklavin zuschiebt. Besonders weit, bis in den Gedankenkreis der sog. Entäußerungstheorie hin, führt der Schluß der Stelle:

hoc amplius Labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.

Der Kaufsklave ist gestorben, der Verkäufer erhält die Bestattungskosten, an sich als dominus zu ihrer Tragung der nächste (Paul. 1, 21, 10), vom Käufer ersetzt. Freilich darf der Bedingungssatz beanstandet werden, sowie oportere und das consequi ohne Subjekt und Prädikat, im Vergleich mit der guten Diktion bei Lab.-Ulp. D. 18, 4, 2, 17. Doch sind auch dies Anzeichen der Kürzung, noch nicht einer Erfindung, da hoc amplius eine andere Entscheidung ausschließt.

---

1) Labeo 2, 1, 188; P. Krüger z. St.

2) Düringer-Hachenburg, HGB. 3, 36 Anm. 39; 93 Anm. 113. Vgl. Bechmann, Kauf III 1, 140 Anm. 3.



3. Wenn irgend etwas in der dunklen Lehre des periculum sicher ist, so ist es das, daß Gefahr und Nutzungen grundsätzlich gleichzeitig übergehen. Auch diesen klassischen Gedanken hat ja Haymann neuerlich klargestellt.[1]) Nun steht bei

Paul. Sent. II 17, 7: Ex die emptionis [si pretium numeratum sit] et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent.

Hält man mit H. (40, 337) den angeblich aus dem Cod. Vesont. stammenden Konditionalsatz für klassisch, so liegt das höchst merkwürdige Ergebnis nahe, daß auch die Gefahr mit der Preiszahlung übergehe. Es ist unannehmbar und auch von H. gar nicht in Betracht gezogen. Gerade für diese Stelle hat aber Pringsheim[2]) m. E. am sichersten die Zutat nachgewiesen. Davon losgelöst, beleuchtet die Stelle grell den Sachverhalt; es ist doch der Kaufabschluß, auf den es beim Sklaven- (und Vieh-) kauf ankommt. Denn der Wortlaut: ex die emptionis überwindet den sonst m. E. allerdings immer zu beachtenden Zweifel, ob, wo die Juristen von emptio reden, nicht die Tradition mitverstanden sei.

Abermals stimmen C. 4, 48, 6 und 4, 49, 16 (vgl. l. 13) zusammen: Gefahr des Todes, Fruchterstattung und Impensenersatz an Sklaven und Vieh[3]) gehören zum gleichen Rechtszustand.

II. Die Bedeutung der Tradition.

1. Viel sicherer noch als beim Tod des Kaufsklaven hat der Käufer den Kaufpreis unverkürzt beim Umschlagen des Weines zu bezahlen, sofern er nicht die Gefahr des acor et mucor nach dem Vertragsformular des Cato agr. 148 oder gemäß D. 18, 6, 6 wegbedingt. Gerade die Stellen über den Weinkauf haben die Kompilatoren ihrem Digestentitel de periculo (D. 18, 6) vorzugsweise zugrunde gelegt — eine Tatsache, auf die noch zurückzukommen sein wird.

---

[1]) Zschr. 40, 316ff, freilich in besonderer Meinung.

[2]) Kauf mit fremdem Geld 85f. im Anschluß an Conrat.

[3]) Oben S. 545 N. 3.

Daß es eine jenem bezeugten Vertragsbrauch gerade entgegengesetzte nicht bezeugte Vertragssitte zugunsten des Verkäufers gewesen sei[1]), die hier ausnahmsweise das peric. empt. zuwegebrachte, darf ich von meinem Standpunkt aus vorneweg ausschließen.

Nun besagt unser bestes Zeugnis:

Pap. fr. Vat. 16: Vino mutato periculum emptorem spectat, quamvis ante diem pretii solvendi vel condicionem emptionis impletam id evenerit.

Als denkbaren Zeitpunkt, an den sich der Gefahrübergang knüpfen könnte, nennt Pap. nicht die Tradition! Er nennt den für die Zahlung des Preises bestimmten Tag. Dies ist derselbe Tag, von dem ab nach Pap. Vat. fr. 15 die noch nicht beim Vertragsabschluß reifen Früchte[2]) eines Grundstücks dem Käufer gebühren. Nicht etwa die Zahlung, sondern der für sie bestimmte Termin entscheidet.[3]) Zahlungsverzug des Käufers schadet nicht, der Käufer hat dafür den Kaufpreis zu verzinsen. Pap. Vat. fr. 2. Zum andern wird der Eintritt einer[4]) Bedingung in Betracht gezogen. Dies erinnert an C. 4, 48, 5: si venditionem nulla condicio suspenderat, amissae rei periculum te non adstringit mit der teilweisen Bestätigung durch fr. Vat. 23: Si vendition[ ] te non adstringet, wo doch für Skepsis gegen den Digestentext[5]) äußerst wenig Raum bleibt. Sind dann in D. 18, 6, 8 Proculus, Octavenus, Pomponius mit der Behauptung angeführt: quod si exstiterit (condicio), emptoris esse periculum, so ist es kaum zulässig, diese Worte mit dem gesondert folgenden Falle quodsi pendente condicione res tradita sit zu identifizieren[6]), derart daß bis zur Tradition der Käufer keinesfalls die Gefahr trüge, son-

---

[1]) So H. 99.

[2]) Darüber vorzüglich H. 40, 339.

[3]) Die Regelung ist vergleichbar mit oest. BGB. § 1048 und Schweiz. rev. Obl. R. 220, wo der für die Übergabe bestimmte Tag maßgebend ist, nicht die Übergabe selbst.

[4]) Welcher? Dafür können Vermutungen aufgestellt werden; die Frage ist hier gleichgültig.

[5]) H. 147 f.; über die Lückenhaftigkeit sind wir einig.

[6]) H. 83.



dern man darf nur annehmen, daß diese Juristen von einem bestimmten Fall handelten, den Trib. verallgemeinert hat — z. B. vom gekauften Sklaven wie in § 1 und dessen Tod und der Gefahrübergang wirklich nur noch auf den Eintritt der Bedingung aufgeschoben bleibt.

Von einer dem Eintritt der Bedingung voraufgehenden Tradition ist hier überall keine Spur zu sehen. Und nach dem System des § 446 BGB. sieht dies alles nicht aus. In der Tat besitzen wir gar keine Stelle, die ausspräche, daß grundsätzlich die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung mit der Tradition übergeht.[1])

2. Trotzdem ist die Übergabe der Sache im klassischen Kaufrecht nicht ohne Bedeutung gewesen. Die herrschende Lehre hatte dies nicht gehörig gewürdigt, und ebendeshalb ist es begreiflich, daß auch ihre Bekämpfung diese beschränkte Bedeutung übergeht.

Daß die Tradition unmittelbar der maßgebende Zeitpunkt sein kann, beweisen zur Evidenz Paul. D. 18, 6, 13; 15 pr. und § 1 und Afr. D. 19, 2, 33. Den Geltungsbereich des einen und des anderen Grundsatzes scharf abzugrenzen, sind wir kaum in der Lage. Daß wir jedoch nicht ohne weiteres ein Entweder — Oder, ein völlig einheitliches Prinzip für alle Fälle, die wir heutzutage unter der „Gefahrtragung" — übrigens mehr im Anhalt an § 323 als an § 446 BGB. — zu vereinigen gewohnt sind, dem klassischen Recht unterstellen dürfen, mag manchen trotz Hartmann befremden. Aber gerade Haymann hat das Verdienst, daß er auf den Zusammenhang unserer Lehre mit der Verzinsung des Kaufpreises und dem Recht auf die Früchte der Kaufsache eingegangen ist und die Unhaltbarkeit der bisherigen Annahmen über diese beiden Stücke des Kaufrechts erwiesen hat. Wenn sich dabei aber ergab, daß der Kaufabschluß nicht der einheitlich entscheidende Moment ist, so ist es umgekehrt durchaus nicht so, daß die Tra-

[1]) H. 150—152 beruft sich zwar auf das iugeribus traditis und servus traditus bei Pap. D. 21, 2, 64. Aber Pap. spricht von der actio auctoritatis (Lenel, Pap. 133) und deren eigentümlichen Regeln (meine Haftung 163). Demgemäß mußte er die Manzipation erwähnen. Er wird von den iugeribus etc. mancipio datis gesprochen haben!

dition einheitlich maßgebend wäre.[1]) Auf Paul. Sent. II 17, 7 verwiesen wir schon oben (S. 550): Früchte von Sklaven und Vieh gebühren dem Käufer vom Tage des Kaufs. Es genügt hier daneben Pap. Vat. 2[2]) zu stellen:

> Usurae venditori post traditam possessionem arbitrio iudicis praestantur. Ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei vice mutua praeberi necesse est.

Hier ergibt sich eine Stellungnahme der Spätklassiker, die auch für die Gefahrtragung einen leitenden Gedanken nahelegt: Die Tradition ist in Ermanglung eines früheren der späteste maßgebende Zeitpunkt. Ein früherer ist möglich; denn er kann, um nur das Unzweifelhafte zu erwähnen, durch die Vertragsabmachung und ohne eine solche durch die Rücksicht auf die bona fides erfordert sein.

Danach wäre es noch besser zu verstehen, daß Jul. D. 18, 5, 5, 2 (oben S. 544) den Tod des verkauften Sklaven mit der Tradition zusammenstellt.

Noch etwas weiter führen die gleichen von Haymann behandelten Zusammenhänge in das Verständnis ein. Selbstverständlich muß seit jeher gewesen sein, daß jede „Gefahr" an res mancipi spätestens seit der Manzipation den Käufer traf. An ihre Stelle trat die Tradition. Wie das vor sich ging, zeigen die Aussprüche[3]), besonders Ulpians D. 19, 1, 13, 20, die dem Käufer die Verzinsung des Kaufpreises post diem traditionis auferlegen, mit der Begründung, daß er von da ab die Früchte ziehe — in Verbindung mit denjenigen, welche Fruchtziehung und Gefahrübergang auf den gleichen Zeitpunkt verlegen.[4]) Es war bereits ein namhafter juristischer Fortschritt, der Tradition diese Rolle einzuräumen.

Hierher gehört es auch, daß Julian von der Auffassung der in diem addictio als nicht aufschiebend, sondern auflösend bedingten Kaufs zu seiner in D. 18, 2, 2, 1 berichteten Entscheidung[5]) kam: Der Kauf (hier offenbar wirklich samt

---

[1]) Zu der Darstellung bei H. Bd. 40, 334 ff. wäre mancherlei zu bemerken.

[2]) H. Bd. 40, 338. [3]) H. Bd. 40, 336 N. 1.

[4]) Ebd. 316 N. 2. [5]) Vgl. H. 83.



dern man darf nur annehmen, daß diese Juristen von einem bestimmten Fall handelten, den Trib. verallgemeinert hat — z. B. vom gekauften Sklaven wie in § 1 und dessen Tod und der Gefahrübergang wirklich nur noch auf den Eintritt der Bedingung aufgeschoben bleibt.

Von einer dem Eintritt der Bedingung voraufgehenden Tradition ist hier überall keine Spur zu sehen. Und nach dem System des § 446 BGB. sieht dies alles nicht aus. In der Tat besitzen wir gar keine Stelle, die ausspräche, daß grundsätzlich die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung mit der Tradition übergeht.[1])

2. Trotzdem ist die Übergabe der Sache im klassischen Kaufrecht nicht ohne Bedeutung gewesen. Die herrschende Lehre hatte dies nicht gehörig gewürdigt, und ebendeshalb ist es begreiflich, daß auch ihre Bekämpfung diese beschränkte Bedeutung übergeht.

Daß die Tradition unmittelbar der maßgebende Zeitpunkt sein kann, beweisen zur Evidenz Paul. D. 18, 6, 13; 15 pr. und § 1 und Afr. D. 19, 2, 33. Den Geltungsbereich des einen und des anderen Grundsatzes scharf abzugrenzen, sind wir kaum in der Lage. Daß wir jedoch nicht ohne weiteres ein Entweder — Oder, ein völlig einheitliches Prinzip für alle Fälle, die wir heutzutage unter der „Gefahrtragung" — übrigens mehr im Anhalt an § 323 als an § 446 BGB. — zu vereinigen gewohnt sind, dem klassischen Recht unterstellen dürfen, mag manchen trotz Hartmann befremden. Aber gerade Haymann hat das Verdienst, daß er auf den Zusammenhang unserer Lehre mit der Verzinsung des Kaufpreises und dem Recht auf die Früchte der Kaufsache eingegangen ist und die Unhaltbarkeit der bisherigen Annahmen über diese beiden Stücke des Kaufrechts erwiesen hat. Wenn sich dabei aber ergab, daß der Kaufabschluß nicht der einheitlich entscheidende Moment ist, so ist es umgekehrt durchaus nicht so, daß die Tra-

---

[1]) H. 150—152 beruft sich zwar auf das iugeribus traditis und servus traditus bei Pap. D. 21, 2, 64. Aber Pap. spricht von der actio auctoritatis (Lenel, Pap. 133) und deren eigentümlichen Regeln (meine Haftung 163). Demgemäß mußte er die Manzipation erwähnen. Er wird von den iugeribus etc. mancipio datis gesprochen haben!

dition einheitlich maßgebend wäre.[1]) Auf Paul. Sent. II 17, 7 verwiesen wir schon oben (S. 550): Früchte von Sklaven und Vieh gebühren dem Käufer vom Tage des Kaufs. Es genügt hier daneben Pap. Vat. 2[2]) zu stellen:

> Usurae venditori post traditam possessionem arbitrio iudicis praestantur. Ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei vice mutua praeberi necesse est.

Hier ergibt sich eine Stellungnahme der Spätklassiker, die auch für die Gefahrtragung einen leitenden Gedanken nahelegt: Die Tradition ist in Ermanglung eines früheren der späteste maßgebende Zeitpunkt. Ein früherer ist möglich; denn er kann, um nur das Unzweifelhafte zu erwähnen, durch die Vertragsabmachung und ohne eine solche durch die Rücksicht auf die bona fides erfordert sein.

Danach wäre es noch besser zu verstehen, daß Jul. D. 18, 5, 5, 2 (oben S. 544) den Tod des verkauften Sklaven mit der Tradition zusammenstellt.

Noch etwas weiter führen die gleichen von Haymann behandelten Zusammenhänge in das Verständnis ein. Selbstverständlich muß seit jeher gewesen sein, daß jede „Gefahr" an res mancipi spätestens seit der Manzipation den Käufer traf. An ihre Stelle trat die Tradition. Wie das vor sich ging, zeigen die Aussprüche[3]), besonders Ulpians D. 19, 1, 13, 20, die dem Käufer die Verzinsung des Kaufpreises post diem traditionis auferlegen, mit der Begründung, daß er von da ab die Früchte ziehe — in Verbindung mit denjenigen, welche Fruchtziehung und Gefahrübergang auf den gleichen Zeitpunkt verlegen.[4]) Es war bereits ein namhafter juristischer Fortschritt, der Tradition diese Rolle einzuräumen.

Hierher gehört es auch, daß Julian von der Auffassung der in diem addictio als nicht aufschiebend, sondern auflösend bedingten Kaufs zu seiner in D. 18, 2, 2, 1 berichteten Entscheidung[5]) kam: Der Kauf (hier offenbar wirklich samt

---

[1]) Zu der Darstellung bei H. Bd. 40, 334 ff. wäre mancherlei zu bemerken.

[2]) H. Bd. 40, 338. [3]) H. Bd. 40, 336 N. 1.

[4]) Ebd. 316 N. 2. [5]) Vgl. H. 83.



Tradition verstanden) setze den Käufer in Fruchtziehung und Ersitzungslage, et periculum ad eum pertinere, si res interierit. Aber nachdem im pr., ebenso wie in l. 1, nur vom fundus in diem addictus die Rede war, befremdet es, vom Untergang der „res" zu hören; der Text ist also nicht in Ordnung. Man sieht nur, daß er zur l. 3 überleiten will, der aus Paulus ad Sab. herausgerissenen Bemerkung: quoniam post interitum rei iam nec adferri potest melior condicio, daß also mit dem Untergang der in diem addizierten Sache gar keine Bedingung mehr schwebe. Über das Negative hinaus, daß nach Ansicht dieser Juristen für das periculum nichts anderes als beim gewöhnlichen Kauf gilt, läßt sich schwerlich viel folgern. Nur daß solange eine aufschiebende Bedingung schwebt, auch nach Tradition jede „Gefahr" grundsätzlich beim Verkäufer bleibt, ist sicher und wird anscheinend durch Paul. D. 18, 6, 8 pr. mit der Betonung, daß der Käufer nicht ersitzen könne, bestätigt.

III. Kasuistische Erfassung des Problems.

1. Es besteht Einigkeit über die Vieldeutigkeit des Ausdrucks periculum[1]) und wohl auch darüber, daß er auf dem besonderen Gebiete des Kaufrechts nicht in derart voll ausgeprägter technischer Bedeutung, insbesondere nicht so abstrakt und ständig angewendet worden ist wie heutzutage und allenfalls von der Kompilation. Wir müssen aber auch annehmen, daß die Klassiker keine breitere Lehre entwickelt haben, die sachlich die Gefahrtragung beim Kauf zusammenfaßte. Daß keine geschriebene Lehre im Sinn des Tribonianischen periculum vorlag — abgesehen von der in J. 3, 23, 3 verwerteten Stelle (unten Ziff. 3) —, liegt offen zutage, wenn wir beobachten, wie die Titel D. 18, 6 und C. 4, 48 zusammengesetzt sind und ihre Verfasser hauptsächlich die Literatur des Weinkaufs zugrunde legen mußten (D. 18, 6, 1—6. 16 (15); C. 4, 48, 2), daneben diejenige über den bedingten Kauf (D. 18, 6, 8. 10 (Ulp. 141); vgl. C. 4, 48, 5) und ihre eigene Theorie hierher und in alle möglichen sonstigen Stellen einzuarbeiten genötigt waren. Da also fand sich die eingehendste Behandlung des peri-

[1]) Zustimmend H. 82 N. 1, leider ohne Untersuchung.

culum emptoris vor. Aber auch eine gegenteilige Lehre wird nicht vorhanden gewesen sein. Ein Anhaltspunkt für sie fehlt durchaus. Vermutlich hätten die Kompilatoren — die tribonianischen oder ihre etwaigen Vorläufer — ja auch eine solche Darstellung, wenn sie von den Klassikern hinterlassen gewesen wäre, eher überarbeitet als einfach unterdrückt.

2. Sachlich bewegt sich das echte Material durchwegs in einer Kasuistik, die zwar nicht nur ganz enge Tatbestände behandelt, aber den Blick bloß auf einzelne Gruppen von Fällen richtet. So entscheidet man für die Kaufpreiszahlung deutlich beim Umschlagen des Weins, beim Erbschaftskauf (Ulp. D. 18, 4, 2, 9) und m. E. beim Tod des Kaufsklaven (oben I), auch nach Haymann übrigens noch in anderem Falle (unten IV 1). Umgekehrt wird der Käufer von der Zahlung befreit: bis zum Eintritt einer aufschiebenden Bedingung; beim beschränkten Gattungskauf zufolge Untergangs vor der Ausscheidung — dahingestellt, ob dies mit der Tradition notwendig zusammenfällt[1]) —; beim reinen Gattungskauf auch hinsichtlich des acor et mucor von gekauftem Wein[2]) bis zur Konkretisierung[3]), um so mehr selbstverständlich ebenso bei sonstigen Gegenständen; ferner wenn vor der Übergabe die Betten vom

---

[1]) So H. 103. Die von ihm selbst gebrachten Belege: Cato agr. 148 und Ulp. D. 18, 6, 1, 4 sprechen aber, wie er auch selbst erkennt, vom einseitigen Ausscheiden.

[2]) Pap. Vat. 16 und dazu sehr richtig H. 98. 108.

[3]) Wenn Gai. D. 18, 1, 35, 5 — wie H. 99ff. annimmt und wofür der Anfang der Stelle spricht — den reinen Gattungskauf behandelt, so ist doch abermals ein hier gegebener Anhaltspunkt für die byzantinische Terminologie der emptio perfecta kaum zu leugnen. Sachlich echt ist die Frage quando videatur emptio perfici und die Antwort Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata [— ? —] adpensave sint. (Vgl. das „adnumeratum" bei Varro r. r. II 2, 6.) Gerade auf den reinen Gattungskauf bezogen — oder nach der Redeweise der Stelle (— der Sabinianer!) auf vertretbare Sachen —, wäre dies bemerkenswert. Allerdings nur unter starkem Vorbehalt möchte man annehmen: Von selbst verstand sich die Gültigkeit des Gattungskaufes für die frühen Juristen nicht. Die Sabinianer hätten danach gelehrt, daß er mit der mensura zustande komme, was immerhin besser war, als seine Gültigkeit ganz zu leugnen.

Ädil zertrümmert werden (Paul D. 18, 6, 13. 15 pr.), das Grundstück beim Verkäufer enteignet wird (Afr. D. 19, 2, 33), das Bauholz gestohlen wird (Paul. D. 18, 6, 15, 1) und. wenn man Haymanns Darlegung folgt, allgemein beim Diebstahl vor der Tradition, ohne daß dies durch Custodiahaftung des Verkäufers zu erklären wäre.

Diese leidlich sichere Sachlage genügt zu gewissen Schlüssen, zu denen es nichts unbedingt Wesentliches beitragen würde, wenn wir auch rücksichtlich der restlichen Quellenbeispiele klarer sähen. Für das abgebrannte Haus sagt D. 18, 6, 12 (11) nichts Sicheres. Die „species vendita", die durch Feuersbrunst verzehrt wird, steht aber nach C. 4, 48, 5 auf Gefahr des Käufers. Daß die Alluvion nach dem Kaufabschluß wegen ihrer sachenrechtlichen Eigenschaft dem Käufer mit herausgegeben wird, bemerkt Haymann[1]) sehr richtig. Aber sollte die Wegschwemmung etwa nicht den Käufer treffen, wie es J. 3, 23, 3 berichtet? Gewiß handelten Paul. und Scaev. D. 18, 6, 7 und 11 von der actio de modo agri, die bei nachträglicher Mehrung oder Minderung des Grundstücks durch Wasserkraft nicht zustehe.[2]) Aber eben hiernach wird für die Klassiker festgestanden haben, daß dies nur den Käufer angeht, also weder eine Mehrung noch eine Minderung des Kaufpreises zur Folge hat.

3. So ist denn kaum ein ernstes Hindernis dafür zu erblicken, daß, von einigen stilistisch und z. T. auch sachlich auffallenden Zutaten abgesehen, die sämtlichen Entscheidungen, die die Institutionen 3, 23, 3 für das peric. empt. bringen, schon klassisch gewesen sind:

> Itaque si homo mortuus sit [vel aliqua parte corporis laesus fuerit] aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis [totus vel aliqua ex parte ablatus sit?], sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis [longe] minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.

---

[1]) Bd. 40 S. 333.

[2]) H. 118 und vorher in Haftung des Verk. 14ff., zu Scaev. schon Lenel, Zschr. 3, 193.

Eine allgemeine Lehre von der Gefahrtragung enthält auch dieser, übrigens von Haymann[1]) als klassisch anerkannte Passus nicht; wohl aber eine erschöpfende Darstellung rücksichtlich der auf Naturereignissen beruhenden zufälligen körperlichen Schädigungen der Kaufsache. Anscheinend zu allgemein zur Zusammenfassung dieser Beispiele lautet nur der sie einleitende Satz.[2]) Das „periculum rei venditae" kann sich aber im Munde des Klassikers eben auf die genannten körperlichen Veränderungen beziehen, also z. B. Diebstahl und Sachbeschädigung durch Dritte unberührt lassen. Vertrauen wir der Stelle, so ist dagegen kein Unterschied zwischen innerer Veränderung der Sache und von außen kommender Einwirkung zu machen.[3]) Sicherheit haben wir bei diesem vereinzelten Zeugnis nicht.

4. Hier wie überall wäre die Rechtsvergleichung lehrreich. Jedoch ist der hierzu erforderliche Stoff erst noch zu beschaffen! Es liegt sehr nahe, sich auf das angeblich klare Beispiel des deutschen Rechts zu berufen;

---

[1]) S. 149: „nur im licet-Satz müßte statt rem dominium rei gesetzt oder iure civili eingeschoben werden." Das ist an sich nicht ansprechend, da es dem Satz die Pointe nimmt. Daß der Käufer, ohne das Eigentum zu erlangen, den Kaufpreis zahlen oder belassen muß, ist dem Eviktionssystem ganz gewöhnlich.

[2]) Cum autem emptio et venditio contracta sit [(—)], periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Haymann meint von seinem Standpunkt, daß dieser Satz beim Klassiker etwa gelautet habe: re vendita et tradita periculum ad emptorem pertinet, tametsi ea res emptoris facta non sit. Doch läßt sich nicht gerade der Eingang „cum . . . contracta sit" beanstanden und dieser schließt jede im folgenden nachhinkende Einschränkung aus.

[3]) Dies ist gewiß ein kritischer Punkt für die Gesamtwürdigung, insbesondere im Vergleiche zu § 446 BGB. Nach obigem ginge meine eigene Einschränkung der herrschenden Lehre, wie Gdz. S. 484 formuliert, schon zu weit. Das Veronensische Scholium zu C. 4, 48, 6, Zschr. f. gesch. Rechtswiss. 15, 102 Nr. 4, bezieht den Tod des Sklaven sogar nur auf einen Unfall, im Gegensatz zum „natürlichen" Tod; das ist aber eine künstliche Annahme, um ein überflüssiges Bedenken zu beschwichtigen, bei mora venditoris vernachlässige die Behauptung seiner Gefahrtragung das Erfordernis des Kausalzusammenhangs. Das Beispiel des vinum effusum vel vasis contusis in D. 18, 6, 1 pr., wobei menschliche Tätigkeit eingeschlossen wäre, ist gewiß unecht; s. schon Schulz, Kr. Vjschr. 1912, 75ff.

seitdem man im 19. Jahrhundert die Ergebnisse des Rezeptionskampfes in den deutschen Ländern beobachtete, glaubt man, daß der deutsche Gedanke, im Gegensatz zum „römischen", „die Gefahr" dem Verkäufer von Fahrnis bis zur Übergabe der Sache zuwies. Ich will dies letztere gar nicht bestreiten, insofern von rückwärts her Abstraktionen gewagt werden sollen. Der Gegensatz zum wirklichen klassischen Recht wäre ohnedies stark einzuschränken. Dagegen kann von einer durchgreifenden und durchgängigen Erscheinung innerhalb der deutschen Quellen vor der Rezeption keine Rede sein. Die übliche germanistische Darstellung geht auf Stobbes „Vertragsrecht" (278ff.) zurück, wo für die Gefahr des Verkäufers von Fahrnis außer einer nicht überprüften lübischen Stelle ein einziger Artikel des Wiener Stadtrechtsbuchs[1]) beigebracht wird. Hier sind überdies bemerkenswerte besondere Voraussetzungen gemacht. Und der Schwabenspiegel Laßb. 229 sagt für den Diebstahl der Kaufsache das genaue Gegenteil aus.[2]) Nur für Grundstücke ist der Gefahrübergang mit der Auflassung — nicht der Übergabe — sicher; dies entspricht dem für Rom anzunehmenden Gefahrübergang mit der Manzipation.

---

[1]) Wiener Stadtrechtsbuch, Schuster art. 62: Kauf mit Gottespfennig; Bestimmung eines Tages zur beiderseitigen Erfüllung (vgl. Pap. Vat. 16!); vor der Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung verbrennt die Kaufsache. Der Käufer zahlt keinen Preis, „wann er (= der chaufschatz) dennoch in seiner gewalt nicht vergewizzet ist noch verpürgelt het, und waz auch dennoch in sein gewalt nie chömen", d. h. wenn der Verkäufer dem Käufer für die Übergabe nicht Sicherheit oder Bürgen gestellt oder die Sache schon übergeben hat. Allgemeiner ist in art. 63 dargestellt, daß „alles, das dem chaufschatz geschiecht, von gewalt, von dieben, veur und swie er verloren wirt", den Käufer trifft, wenn er nach Bezahlung oder Sicherstellung des Preises die Sache vom lieferungsbereiten Verkäufer nicht abnimmt.

[2]) Gierke, DPR. 3, 446 N. 64 weist die Ansicht, daß die Stelle römisches Recht gibt, zurück und glaubt, sie setze geschehene Übereignung und anschließende Verwahrung voraus. Das steht mindestens nicht deutlich da; ein solches Constitutum possessorium wäre aber auch selbst bemerkenswert. — Daß freilich Gierke auch Brünner Schöffenbuch 286. 303 gegen Weiske, ZfDR. 14, 138 nicht für romanistisch hält, erledigt, denn in 286 ist D. 18, 6, 1 pr. fast wörtlich abgeschrieben. Zu berichtigen daher auch Schreuer, DPR (1921) 274 N. 2.

In Wirklichkeit vermissen wir also noch eine den heutigen Ansprüchen genügende germanistische Untersuchung. Doch ist dies nicht viel befremdlicher, als daß sich über das griechische Recht noch niemand bestimmt zu äußern gewagt hat. Der Hauptbestand der Quellen gehört zum altgewohnten System dort des Barkaufs, hier des Kaufs mit Preiszahlung und Eigentumsübergang.[1]) Die Gefahrfrage aber taucht erst in der Periode auf, wo der Kauf ohne Erfüllung perfekt sein soll. Der damals zweifelhafte und kaum klar durchdachte Übergangszustand aber ist für uns durch mannigfache Umstände weiter verdunkelt.[2])

IV. Leitende Gedanken.

1. Die aufgeführten einzelnen Entscheidungen der Römer sind jeweils durch ihre besonderen Voraussetzungen bedingt, und eine einheitliche „omne periculum" umfassende Lehre hat es eben nicht gegeben. Freilich aber zeigt sich von der Fragestellung aus, die aus der heutigen Betrachtung des gegenseitigen Vertrages entspringt, eine Gegensätzlichkeit zwischen den Einzellösungen. Hat eine Zusammenfassung gefehlt, so können doch zu einer solchen gehörige Leitgedanken nicht völlig entbehrt worden sein.

Im spätklassischen Recht herrschte nun, worauf H. mit vollstem Recht viel Gewicht legt, die Auslegung nach Treu und Glauben. Sie sprach nicht stets oder ohne weiteres für die Gefahr des Verkäufers! Aus dem quidquid d. f. oportet ex fide bona ließ sich allerlei und in verschiedenen

---

[1]) Hinzu tritt als drittes System nach Neubauer, Beiträge z. G. d. biblisch-talmudischen Eheschließungsrechts (1920) S. 78ff. der nicht Preiszahlung, aber Übergabe voraussetzende Kauf im altjüdischen Recht. Er folgert S. 79 „im Effekt periculum emptoris". — Die von ihm S. 105 herangezogene afrikanische Entscheidung zugunsten des Käufers einer Ziege beruht offenbar auf dem Barkaufsystem.

[2]) Alles Positive muß ich vorbehalten. Ich glaube jedoch heute schon (und vielleicht ohne Widerspruch Haymanns) behaupten zu dürfen, daß eine feste Lehre, daß nach perfektem Kauf bis zur Übergabe jede Gefahr den Verkäufer treffe, sich in den bisher allgemeiner bekannten Quellen schlechterdings nirgends nachweisen läßt. Dies gilt auch für Indien. Für den griechischen Arrhalkauf existiert eine hier schlüssige Quellenstelle nicht.



seitdem man im 19. Jahrhundert die Ergebnisse des Rezeptionskampfes in den deutschen Ländern beobachtete, glaubt man, daß der deutsche Gedanke, im Gegensatz zum „römischen", „die Gefahr" dem Verkäufer von Fahrnis bis zur Übergabe der Sache zuwies. Ich will dies letztere gar nicht bestreiten, insofern von rückwärts her Abstraktionen gewagt werden sollen. Der Gegensatz zum wirklichen klassischen Recht wäre ohnedies stark einzuschränken. Dagegen kann von einer durchgreifenden und durchgängigen Erscheinung innerhalb der deutschen Quellen vor der Rezeption keine Rede sein. Die übliche germanistische Darstellung geht auf Stobbes „Vertragsrecht" (278 ff.) zurück, wo für die Gefahr des Verkäufers von Fahrnis außer einer nicht überprüften lübischen Stelle ein einziger Artikel des Wiener Stadtrechtsbuchs[1]) beigebracht wird. Hier sind überdies bemerkenswerte besondere Voraussetzungen gemacht. Und der Schwabenspiegel Laßb. 229 sagt für den Diebstahl der Kaufsache das genaue Gegenteil aus.[2]) Nur für Grundstücke ist der Gefahrübergang mit der Auflassung — nicht der Übergabe — sicher; dies entspricht dem für Rom anzunehmenden Gefahrübergang mit der Manzipation.

[1]) Wiener Stadtrechtsbuch, Schuster art. 62: Kauf mit Gottespfennig; Bestimmung eines Tages zur beiderseitigen Erfüllung (vgl. Pap. Vat. 16!); vor der Kaufpreiszahlung oder Sicherstellung verbrennt die Kaufsache. Der Käufer zahlt keinen Preis, „wann er (= der chaufschatz) dennoch in seiner gewalt nicht vergewizzet ist noch verpürgelt het, und waz auch dennoch in sein gewalt nie chömen", d. h. wenn der Verkäufer dem Käufer für die Übergabe nicht Sicherheit oder Bürgen gestellt oder die Sache schon übergeben hat. Allgemeiner ist in art. 63 dargestellt, daß „alles, das dem chaufschatz geschiecht, von gewalt, von dieben, veur und swie er verloren wirt", den Käufer trifft, wenn er nach Bezahlung oder Sicherstellung des Preises die Sache vom lieferungsbereiten Verkäufer nicht abnimmt.

[2]) Gierke, DPR. 3, 446 N. 64 weist die Ansicht, daß die Stelle römisches Recht gibt, zurück und glaubt, sie setze geschehene Übereignung und anschließende Verwahrung voraus. Das steht mindestens nicht deutlich da; ein solches Constitutum possessorium wäre aber auch selbst bemerkenswert. — Daß freilich Gierke auch Brünner Schöffenbuch 286. 303 gegen Weiske, ZfDR. 14, 138 nicht für romanistisch hält, erledigt, denn in 286 ist D. 18, 6, 1 pr. fast wörtlich abgeschrieben. Zu berichtigen daher auch Schreuer, DPR (1921) 274 N. 2.

In Wirklichkeit vermissen wir also noch eine den heutigen Ansprüchen genügende germanistische Untersuchung. Doch ist dies nicht viel befremdlicher, als daß sich über das griechische Recht noch niemand bestimmt zu äußern gewagt hat. Der Hauptbestand der Quellen gehört zum altgewohnten System dort des Barkaufs, hier des Kaufs mit Preiszahlung und Eigentumsübergang.[1] Die Gefahrfrage aber taucht erst in der Periode auf, wo der Kauf ohne Erfüllung perfekt sein soll. Der damals zweifelhafte und kaum klar durchdachte Übergangszustand aber ist für uns durch mannigfache Umstände weiter verdunkelt.[2]

IV. Leitende Gedanken.

1. Die aufgeführten einzelnen Entscheidungen der Römer sind jeweils durch ihre besonderen Voraussetzungen bedingt, und eine einheitliche „omne periculum" umfassende Lehre hat es eben nicht gegeben. Freilich aber zeigt sich von der Fragestellung aus, die aus der heutigen Betrachtung des gegenseitigen Vertrages entspringt, eine Gegensätzlichkeit zwischen den Einzellösungen. Hat eine Zusammenfassung gefehlt, so können doch zu einer solchen gehörige Leitgedanken nicht völlig entbehrt worden sein.

Im spätklassischen Recht herrschte nun, worauf H. mit vollstem Recht viel Gewicht legt, die Auslegung nach Treu und Glauben. Sie sprach nicht stets oder ohne weiteres für die Gefahr des Verkäufers! Aus dem quidquid d. f. oportet ex fide bona ließ sich allerlei und in verschiedenen

[1]) Hinzu tritt als drittes System nach Neubauer, Beiträge z. G. d. biblisch-talmudischen Eheschließungsrechts (1920) S. 78ff. der nicht Preiszahlung, aber Übergabe voraussetzende Kauf im altjüdischen Recht. Er folgert S. 79 „im Effekt periculum emptoris". — Die von ihm S. 105 herangezogene afrikanische Entscheidung zugunsten des Käufers einer Ziege beruht offenbar auf dem Barkaufsystem.

[2]) Alles Positive muß ich vorbehalten. Ich glaube jedoch heute schon (und vielleicht ohne Widerspruch Haymanns) behaupten zu dürfen, daß eine feste Lehre, daß nach perfektem Kauf bis zur Übergabe jede Gefahr den Verkäufer treffe, sich in den bisher allgemeiner bekannten Quellen schlechterdings nirgends nachweisen läßt. Dies gilt auch für Indien. Für den griechischen Arrhalkauf existiert eine hier schlüssige Quellenstelle nicht.

Fällen verschiedenes folgern. H. erkennt auch sogar an (S. 71), daß Cels.-Ulp. D. 19, 1, 13, 17 anders entscheiden mußten als Afr. D. 19, 2, 33, weil „hier ein unberechenbares Eingreifen der Obrigkeit, dort eine Umwandlung des verkauften Eigentumsanteils . . .“ vorlag, und auch, daß die wandelbare Natur des verkauften Rechts — „Fortentwicklung des Miteigentums“ zur Abfindungssumme — in einer Parallele zu der wandelbaren Natur des Weines steht. Das ist doch nicht allzuweit von meiner bei H. 138 abgelehnten Vermutung entfernt, daß der Käufer von Sklaven und Wein mit deren natürlichen Verschlechterungen ebenso wie mit ihren Verbesserungen und Vermehrungen zu rechnen hatte. Wenn die ausdrückliche Hervorhebung dieses Gesichtspunkts in den Quellen vermißt wird — Gai. D. 18, 6, 16 betont immerhin: si vina . . . sua natura corrupta fuerint[1]) —, so schlägt doch der trotz aller byzantinischen Zutaten und Umstellungen klassische und sachgemäße Grundsatz ein, daß commodum und incommodum Hand in Hand gehen.

Auf diesem Boden liegt wohl in der Tat die, wenn man so will, grundsätzliche und dogmatisch bedeutsamste Einstellung der Klassiker zu unserem Problem. Die darauf gebauten Entscheidungen zugunsten des Käufers in D. 19, 2, 33 und D. 18, 6, 13—15 entfernen, wie ich wiederholen darf, aus dem römischen Recht wirkliche Unbegreiflichkeiten, die die bisherige Lehre trotz dieser Aussprüche vertreten wollte. Hier wird von der erkannten Bedeutung der Tradition (oben II) derselbe Gebrauch gemacht wie von uns.

Haymann meint aber, das periculum emptoris sei (mangels eines Anhalts im Vertrage) in jeder Anwendung

---

[1]) Die verallgemeinernde Wendung Ulp. D. 18, 6, 1 pr. Si vinum acuerit *vel quid aliud vitii sustinuerit* hält H. 111 N. 2. 3 für unecht. Das kann sein, obwohl Heumann-Seckel, h. v. 3, doch wohl mit Recht auf diese Bedeutung sustinere = erdulden mehrere Stellen zurückführen, unter denen aus der Zeit Ulpians C. 9, 2, 2, 1 a. 222; C. 9, 50, 2 a. 226 und Mod. D. 40, 11, 5, 1 stammen (weniger beweisend C. 9, 8, 2); und obgleich der folgende quemadmodum-Satz — unecht, oben S. 557 N. 3 — gerade zum vitium schlecht paßt.

eine Ungeheuerlichkeit, die den Klassikern nicht zuzumuten wäre. Nun, wenn ich auch meine von H. 48.[3] unterstrichene einstige Feststellung: wir kennen nicht den Grund des peric. empt., nicht zu verbessern weiß, so ganz verächtlich sind alle die zur Erklärung seit Jahrhunderten in die Welt gesetzten Vermutungen denn doch kaum.

2. Historisch muß die Auffassung vom gegenseitigen Vertrage Einfluß geübt haben. Ist es nun wirklich glaubhaft, daß die römischen Juristen niemals an der vollsten Gegenseitigkeit des Schuldverhältnisses aus dem Kaufe gezweifelt haben? Auch ihnen ist dieser Begriff nicht aus dem Himmel zugefallen. Von allem übrigen, wie dem republikanischen Zustand und dem berühmten Doppelnamen der emptio venditio abgesehen[1]), belehrt uns sogar noch der klassische Gedanke eines anderen: der Verkäufer behalte die Sache bis zur Zahlung pignoris loco zurück. Ulp. D. 19, 1, 13, 8, und besonders Marcell-Ulp. D. 21, 1, 31, 8. Ein derartiges Zurückbehaltungsrecht nähert sich erst der Idee des „funktionellen Synallagma“, ohne es zu erreichen. Daß man es aber zu konstruieren nötig fand, zeigt recht deutlich, wie wenig selbstverständlich die Verknüpfung der beiderseitigen Leistungen erschien. Und hat nicht noch Pothier[2]) das romanistische peric. empt. gegen die Naturrechtler so verteidigt: der Käufer „verpflichtet sich, den Preis zu zahlen nicht unter der Bedingung, daß der Käufer die Sache gebe, sondern unter der Bedingung, daß der Verkäufer sich seinerseits ihm gegenüber ver-

[1]) Eine exceptio mercis non traditae gegenüber der Kaufklage gab es allerdings nicht. (Meine Grundzüge 483; Haymann 55; anders noch jüngst Biondi, Iudicia bon. fid. [1920] 43.) Dagegen kann ich nicht mit H. 58 in der Wertung von Labeo D. 46, 4, 23 (Lenel, Lab. 218) übereinstimmen. Wenn dort steht, daß der Erlaß der einen Schuld die gegenüberstehende nicht aufhebt, so folgt das eben daraus, daß die Leistungspflichten nicht wechselseitig bedingt sind und dazu, es auszusprechen, war genug juristischer Anlaß. Sehr richtig ist, daß die Auslegung dann Julian D. 18, 5, 5 pr. und Paulus D. 46, 4, 23 nota darüber hinausgeführt haben wird. Nebenbei bemerkt, dürfte interpoliert sein in l. 5 pr. [vel emtori venditor] und der Schluß [sed ut — valet] und in l. 23 nota [emtio venditio].

[2]) Vente 1, n. 307.

pflichtet, ihn die Sache bekommen zu lassen". Auch er, der bei aller romanistischen Voreingenommenheit kein Beliebiger war, kannte erst nur eine Art genetisches Synallagma.

3. In dogmatischer Hinsicht wird mit den braven Pandektisten allzu scharf ins Gericht gegangen, wenn ihre vielen Versuche, das peric. empt. plausibel zu machen, glattweg für Torheit erklärt werden. In Frankreich streitet man noch heute, ob die justinianisch gefärbte Theorie Pothiers oder ob die Übertragungsfunktion des Kaufs nach dem naturrechtlichen Satz res perit domino die Gefahr des Käufers C. c. 1138 trage. Selbst die zum klassischen Recht nicht völlig passenden „Entäußerungstheorien" vertreten einen an sich beachtlichen Gedanken, der besonders in England gute Früchte getragen hat; mit ähnlichen Erwägungen aber wird sogar noch gegenwärtig in der Schweiz, wo der Kauf nicht Eigentum begründet, die Gefahrtragung des Käufers, rev. OR. 185, gerechtfertigt; daneben tritt dort manche andere, aus der Dogmengeschichte bekannte ratio auf.[1]) Das eine darf aus dem schweizerischen Rechtszustand der Gegenwart jedenfalls entnommen werden, daß man immer noch mit dem peric. empt. leben kann.

4. An Möglichkeiten, die anzunehmenden klassischen Entscheidungen zu erklären, fehlt es keinesfalls. Das Wahrscheinlichste bleibt, die Klassiker fanden eine Reihe von Lösungen vor, die sich aus der Periode mangelhafter Verknüpfung der Kaufs- und Verkaufsobligationen herschrieben, und verstanden die bona fides nicht derart, daß sie sich zu Änderungen genötigt sahen; sie beschränkten sich vielmehr darauf, Commodum und Incommodum möglichst

---

[1]) Bei der Revision des OR. wurde die gesetzgeberische Frage neuerlich aufgerollt. Oser, Art. 185, I: „Man hat es bei der früheren Regelung bewenden lassen, da sich für beide Lösungen Argumente anführen lassen (wenn auch der Kaufgegenstand nicht Eigentum des Käufers ist, so gehört er eben doch als Forderung zu dessen Vermögen, wenigstens im Verhältnis unter den Parteien) und da es im Hauptfalle der Käufer in der Hand hat, die Gefahr durch sofortige Anhandnahme der Sache zu vermeiden." Die letztere Erwägung, die mit Annahmeverzug des Käufers nichts zu tun hat, hatte ganz gewiß auch in früheren Zeiten insbesondere in Deutschland Zugkraft.

gleichzeitig auf den Käufer zu übertragen. Leicht mochte sich dabei der Gedanke einmischen, dem wir im Laufe der Zeiten immer wieder begegnen, daß es Angelegenheit des Käufers ist, die Sache abzunehmen[1]) oder, in anderer Wendung, daß die verkaufte Sache beim Verkäufer ähnlich wie bei einem Verwahrer stehe. Die in den Quellen am deutlichsten auftretenden Anwendungen strikter Gefahr des Käufers litten zudem Einschränkungen. Bei Sklaven und Vieh griffen die ädilizischen Rechtssätze ein[2]), beim Wein die vertragsmäßige Abdingung und die Klausel der degustatio.

5. Schließlich aber ist auch die Stellungnahme der Justinianischen Kommission ungleich besser verständlich, wenn sie hier wie gewöhnlich Vorgefundenes plump verallgemeinert hat, als wenn sie willkürlich im großen Zuge eine völlig neue, weder im römischen noch im griechischen Recht vorgebildete Theorie entworfen hätte. Außerdem bringt sie uns das Nebeneinander des peric. emptoris mit den klar auf die Tradition abstellenden l. 33 D. 19, 2 und l. 13—15 D. 18, 6. Dabei könnten l. 15 § 1, die im Widerspruch mit der eigenen Lehre der Kompilatoren steht, und die im Mietrecht versteckte kaufrechtliche Entscheidung der l. 33 durch Versehen der Interpolierung entgangen sein. Aber von l. 13—15 pr. ist das gleiche schwer anzunehmen. Umgekehrt wird man die sachliche Vereinbarkeit dieser Aussprüche mit anderweitiger Käufergefahr gewiß nicht bewußt überlegt haben. Tribonian übernahm wohl einfach den überkommenen Zwiespalt, und die scharfen, obwohl nicht zur Abstraktion und Synthese gediehenen Gedanken bleiben bei den Klassikern.

Auch dieser Ausschnitt der römischen Jurisprudenz erhebt sich, man wende was immer ein, doch jedenfalls hoch über alles, was für die Gefahrlehre aus andern Rechten

---

[1]) Bechmann, Kauf 2, 102.

[2]) Die Bewertung dieses von Diocl. C. 4, 48, 6, vgl. Bas. 19, 6, 19 und Suppl. I p. 267, berührten Zusammenhangs hängt von noch nicht endgültig geklärten Vorfragen ab. H. selbst macht übrigens nicht etwa einen inneren Widerspruch zwischen dem Mängelrecht und der Käufergefahr geltend.

bis weit in die jüngste Vergangenheit beigebracht werden kann. Am Ende aber stellt sogar das BGB. mit seinen §§ 446. 447 noch nicht der Weisheit letzten Schluß dar.

Die Arbeit der römischen Juristen am Rohstoff des Rechts würdigen wir mit ihren Vorzügen und Schwächen am besten, indem wir uns in jeder einzelnen Lehre den Werdegang vor Augen führen, der vom archaischen ins feinste logisch-praktische, nicht aber systematische Rechtswesen reicht. Was ihnen eignet, ist — „die schöpferische Kunst des Rechts, der die erklärende Theorie erst nachfolgt“.

Nachtrag zu S. 549. In der Revue générale de droit 45, April-Juni 1921, S. 135 berichtet H. Vincent über eine Abh. von Arnò: I sumptus funerum servi, Mem. Accad. Modena, S. III, vol. XIV, sez. scienze, 1920. Danach hält A. tatsächlich D. 19, 1, 13, 22 Schluß für itp., weil zur Zeit Labeos weder Recht noch Sitte zum Begräbnis von Sklaven verpflichteten. Die Kompilatoren hätten christlich gedacht, Labeo, den Kommentator des Edikts Lenel § 94, vgl. Lab. 74, vorgeschoben und seinen Ausspruch in D. 18, 4, 2, 17 verallgemeinert. Vincent bekämpft dies als hyperkritisch, glaubt aber unhaltbar an volle Echtheit des fr. Die mir unzugängliche Arbeit Arnòs wird noch zu würdigen sein. Einstweilen sind die stärksten Bedenken am Platz. Zu Hor. Sat. I 8, 8 verweist mich Weymann auf Kießling-Heinze[4], 1910. Labeo erkennt in § 17 cit. die impensa funeris an. De Francisci, Leggitimazione pass. nell' az. funeraria, Rom 1920, 21—23. 36 entwickelte, wie die Bestattung aus religiösem Antrieb jedermanns Pflicht war, gerade von alters auch gegenüber Sklaven; und deshalb hatte der bestattende Dritte den Rückgriff gegen den nächstverpflichteten Dominus. Soll auch Paul. 1, 21, 10 etwa verfälscht sein? Aristo in D. 11, 7, 2 pr. scheint ja unbeanstandet zu bleiben. Mit dem peric. vend. aber ist der ganze Paragraph unverträglich. Die vorhandenen sprachlichen Anstöße genügen nicht, ihn ganz auszumerzen. Wer es dennoch tut, bedenke, welch hohes Maß juristischer Überlegung er den justinianischen Kompilatoren zutrauen muß.

XXII.

Praedes und Praedia.

Von

Professor Dr. **Otto Gradenwitz**
in Heidelberg.

I. Universitätsstatuten und Stadtrechte.

In den Sitzungsberichten der Heidelberger Akademie habe ich in diesem Jahre eine Abhandlung herausgebracht: Die Stadtrechte von Urso Salpensa Malaca. Es ist zu den Tafeln ein Kommentar vermißt worden, unter anderem auch von einer Seite, die es mir angemessen erscheinen läßt, in diesem Bande der Zeitschrift auf die Sache zurückzukommen.

Der Gedanke, welcher meiner Arbeit zugrunde liegt, wurde mir geläufig, als ich für meinen Beitrag zur Laband-Festschrift der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Straßburg eine Anzahl von Universitätsstatuten — durch das freundliche Entgegenkommen des preußischen Kultusministerii auch Akten der Entstehung — durchmusterte. Statuten, wie wir sie da vor uns sehen, sind nicht aus einem schöpferischen Geiste entsprungen, wie das Reglement von Saint-Cyr aus dem Kopfe Napoleons oder die Reichsverfassung Bismarcks — sie sind Abwandlungen eines Typus und tragen gerade in den Unebenheiten ihres Stiles und in der Vierschrötigkeit mancher Fassung die Spuren ihres Werdeganges in sich. An den fehlerhaften Bestimmungen erkennt man die Entwicklung, und ein kleiner Mangel kann eine überraschende Änderung klarlegen. Der geschichtliche Verlauf ist bei den römischen Stadtrechten sicher der gleiche gewesen wie bei unseren Universitätsstatuten: verschiedene Typen, welche bei neuer Formung ausgeglichen werden sollten, Selbstverwaltung in relativer Freiheit unter der Aufsicht einer selbstbewußten, weit-

herzigen staatlichen Zentrale. Was wir aber aus den Akten unserer Universitätsstatuten kontrollieren können, das erschließe ich aus den Fehlern der überlieferten Stadtrechte.

Ich erlaube mir, einen Paragraphen der Universitätsstatuten von Königsberg zu behandeln, der in dieser Hinsicht lehrreich ist: § 45 lautet: „Die Mitglieder des Senates und des Concilium generale sollen sich angelegen sein lassen, von den Beratungen und Beschlüssen des Senates vor deren Bekanntmachung nichts außerhalb des Senates laut werden zu lassen." Hier ist zu bemerken: der Senat ist ein Ausschuß des Concilium generale, welches die Vollversammlung aller ordentlichen Professoren ist. Wenn außerhalb des Senates nichts verlauten soll, so können auch diejenigen Mitglieder des Concilium generale, welche nicht Senatoren sind, legàlerweise über die Verhandlungen des Senates nichts in Erfahrung gebracht haben. Es ist daher die Phrase: „oder des Concilium generale" fehlerhaft. Man würde es mit Recht als eine Kühnheit betrachten können, wenn hieraus ohne weiteres geschlossen würde, daß das Concilium generale als solches einen späteren Zusatz in den Statuten darstellt, und doch ist dem so, wie die Akten und die Statuten anderer Universitäten erweisen. Die für Königsberg benutzten älteren Statuten von Bonn sehen nur einen Senat, einen engeren Kreis aus der Zahl der Ordinarien vor und lassen das Plenum der Ordinarien [Concilium generale, wie es in Königsberg heißt] nur als Wahlkörper zu, so wie etwa die comitia in Malaca nur als Wahlkomitien figurieren.[1]) Hier ist daher für die Verhandlungen nur vom Senat die Rede; und die Verschwiegenheit findet nur auf ihn Anwendung. Dagegen hat Königsberg für die wichtigeren Verwaltungshandlungen, für die allgemeinen Interessen der Universität die Generalversammlung als Concilium generale vorgesehen, und hier allererst entsteht die Frage, ob die Verschwiegenheit auch auf die Konzilsverhandlungen erstreckt wird.

---

[1]) In unseren Stadtrechten deuten mehrfache offenkundige Einschiebungen des Stadtrates der Dekurionen auf einen Urzustand, bei dem die Jahresbeamten, wenn nicht im wesentlichen ohne Stadtrat, so doch ungemein viel freier von dessen Kontrolle regierten, als in den uns überlieferten Urkunden — vielleicht hie und da durch die comitia beengt.



Hierüber ist nicht klar gedacht worden und daher jener inkonzinne Paragraph. Man weiß nicht, ob auch für Konzilsverhandlungen Amtsverschwiegenheit und, wenn dies nicht, woher die Mitglieder des Konzils, die nicht Senatoren sind, überhaupt Kenntnis von sekreten Verhandlungen bekommen.

Daß die Formulierung auch während des Zustandekommens eines einzelnen Statutes noch geändert wird aus Gründen, die mit der anders gearteten Vorlage an sich nichts zu tun haben, ist selbstverständlich und eine Sache für sich. Aus den Materialien, welche auf die gütige Anweisung des Herrn Staatssekretär Kruess mir zur Verfügung gestellt wurden, kann ich über den hier in Betracht kommenden Paragraphen anführen: Ursprünglicher Entwurf von Königsberg: „Alle Mitglieder des Senates und des Concilium generale, wie auch die in beiden Kollegien anwesenden Beamten sind verpflichtet, die Beschlüsse des Kollegiums bis zu den Publikationen geheim zu halten. Jedes Vergehen dagegen gehört zur Kognition des Senates und resp. des Concilium generale und haben diese das Recht, ein Mitglied in solchem Fall von den Versammlungen auszuschließen und gegen die Beamten auf Bestrafung zu erkennen."

B e r l i n hat statt dessen: „die fiskalische Untersuchung einleiten zu lassen", später: „bei dem Ministerium auf Strafverfolgung anzutragen". In den späteren Stadien der Königsberger Verhandlungen fällt die Erwähnung der Beamten und dann auch die Strafsanktion fort.

B o n n, dem das Concilium generale fehlt, hat die Bestimmung also: „Alle Mitglieder des Senates sowie die in demselben anwesenden Beamten sollen sich angelegen sein lassen, von den Beratungen und Beschlüssen des Senates, vor deren Bekanntmachung, nichts außerhalb des Senats lautwerden zu lassen" — weil in Bonn kein Concilium generale ist. — Das Komitee mit dem Regierungsbevollmächtigten hatte statt „außerhalb des Senats" vorgeschlagen: „im Publikum", der Minister verbessert: „wohl überhaupt außerhalb des Senats, denn so wird das Publikum von den Professoren unterschieden, welch letztere aber, wenn sie nicht zum Senat gehören, auch zu Zeiten nichts von dessen Geschäften etwas erfahren dürfen". —

Eine andere Bestimmung ist in folgender Weise variabel: „jedes Mitglied hat das Recht [wenn die vom Rektor eingeleiteten Sachen verhandelt sind — fehlt im Bonner Statut —], einen Gegenstand zur Sprache zu bringen, muß jedoch auf Verlangen [Bonn: des Senates] auch nur eines einzelnen Mitgliedes des Senates den Vortrag schriftlich abfassen usw.“ Königsberg fährt fort: „Dasselbe gilt vom Generalconcil.“ Wieder etwas anders Berlin.

II. Sukzessive Entstehung bei Stadtrechten.

Das formale Prinzip, das ich bei den Stadtrechten befolge, läuft darauf hinaus, daß Unebenheiten im Ausdruck gerade nicht beseitigt werden, sondern vielmehr Heraushebung des unebenen Passus den ursprünglichen Text zurückläßt. Mommsens Bemühungen, den Text im Sinne der letzten Redaktion lesbar zu machen, geben auch hier den Fingerzeig, daß der Text eben nicht ist, wie er sein soll, aber sie führen mich nicht zur Verbesserung des Überlieferten, sondern zur Teilung in Urtext und Beischrift. Zwei Kapitel, in denen die Änderung eine ganz formale ist, mögen dies klarmachen: Malacitana 61 schließt mit einem unmöglichen Satze, den Mommsen passabel gestaltet, indem er aus eisque macht: et is qui und aus cuius: cuive. Die neue Methode läßt beide überlieferten Worte bestehen und hebt die unbrauchbaren Sätze: adversus hi patronus cooptatus und cuius patrocinium delatum erit sowie municipium mf mtani als sinnlos an den Rand geschriebene und noch sinnloser dem Texte eingefügte Apposition heraus. — Etwas komplizierter ist der Tatbestand Ursonensis 103. Hier sind zwei Sätze, in denen beiden duumvir und praefectus vorkommt, aber nicht beidemal im gleichen Sinn. Das erstemal handelt es sich um den Rechtsprechpräfekten, welchen der die Stadt verlassende duumvir zurückläßt, das zweitemal umgekehrt um den ausrückenden Militär, welchen der duumvir über das Heer setzt. Beides sind Appositionen, und mit der zweiten glaubte ein unwissender Skribent die erste zu wiederholen. Was übrigbleibt, ist wiederum entstellt durch die hier bis zur

Manie ausartende Sucht, den Beamten durch Ratsbeschluß zu knebeln. Nach dem überlieferten Texte hätten die Beamten das Recht: wann auch immer die Dekurionen beschließen, es seien zum Grenzschutz Truppen herauszuführen, dann also das zu tun, was die Majorität derselben beschlossen, und auch bei der Fixierung der Kommandogewalt noch soll dem Hofkriegsrat der Dekurionen, bzw. ihrer Mehrheit das entscheidende Wort zustehen. Ich verzichte darauf, diese Regelung schlechtzumachen, biete vielmehr meinerseits die in meinen Tafeln als Urtext vorgeschlagene an, bei welcher nur is gleich iis zu lesen ist (was auch sonst einmal in der Ursonensis cap. 77f. und in der Malacitana regelmäßig vorkommt). — Danach haben die Magistrate einfach das Recht, zum Schutze der Grenzen mit Bewaffneten auszurücken, und führen die Kommandogewalt eines Militärtribunen. Ich erinnere an die Befugnisse des deutschen Kaisers zum Schutze des Reichsgebietes. Vorziehen würde ich jetzt gegenüber meinen Tafeln die Annahme, daß auch quocumque tempore anschließend vor decuriones cen(suerint) Neuerung ist und also die ganze Phrase am Rande lautete: quocumque tempore decuriones cen. Hier wäre denn eine wirkliche sachliche Neuerung in dem öfters erwähnten Sinne der Ratsstärkung vorhanden, verbrämt mit dem Gerede von Mehrheitsbeschlüssen und durchsetzt mit den formalen Appositionen über die zuständigen Beamten.

In diesen beiden Kapiteln erkennt man an den formellen Anstößen die Beischrift und somit die Entwicklung. Aber auch das kann vorkommen, daß die Überarbeitung ganz glatte Resultate ergibt, wie bei den zitierten Paragraphen der Bonner Universitätsstatuten. So ist in dem 61. Kapitel der Malacitana der erste Satz meines Erachtens formell einwandfrei: er besagt, daß kein Patron kooptiert werden soll außer auf schriftlichen Zweidrittelmehrheitsbeschluß des Rates. Und doch ist es wahrscheinlich, daß ursprünglich das Verbot absolut lautete und nicht auf den Ratsbeschluß abhob, wie durch Vergleichung des 97. Kap. der Ursonensis klar wird. Dort heißt es, daß niemand einen Antrag auf Patronat stellen dürfe — abgesehen von der

Patronisierung der Kolonialmeister — es sei denn auf schriftlichen Mehrheitsbeschluß des Rates: hier, meine ich, liegt die sukzessive Entstehung auf der Hand; zunächst ist schwer vorstellbar, daß ein ursprüngliches Gesetz die Ausnahme für die Kolonialobersten und den Regelfall der Ratsbestätigung für alle übrigen Personen in dieser Weise aneinander knüpfte. Schlechthin ausgeschlossen durch die Gesetze der Logik aber, ja durch die allgemeine Zeitfolge ist es, wenn gesagt wird, es solle niemand den Antrag stellen auf Patronisierung, es sei denn auf schriftlichen Mehrheitsbeschluß der Dekurionen. Ich weiß nicht, ob irgendeine beschließende Versammlung der Welt für die Stellung eines Antrages schriftlichen Beschluß ihrer Mehrheit oder gar Dreiviertelmajorität, wie Ursonensis cap. 130 verlangt, aber wenn eine es tut, so gibt sie sicher erst recht die qualifizierte Mehrheit an, welche für die gültige Fassung des Beschlusses selber erfordert wird.

Ursprünglich war hier gesagt, daß niemand den Antrag stellen dürfe auf Ernennung eines Patrons, es sei denn dieser letztere einer der Kolonialchefs oder deren Abkömmling. Erst hinterher wurde die Möglichkeit eines anderen Patrons eingeschmuggelt durch jene Ratserwähnung. Der gleiche Fall, noch verunziert durch die Arabesken späterer Jahrzehnte, liegt bei den analogen Bestimmungen der vierten Tafel von Urso in den Kapiteln 130 und 131 vor; diese bildeten meiner Meinung nach ursprünglich ein Ganzes, indem sie Patronat und Hospitium von Imperiumträgern schlechthin verboten und unter die gleiche Strafe stellten. Erst indem auch hier, widersinnig, ausgesprochen wurde: „der Antrag sei verboten, es sei denn, er werde gestellt nach Beschluß von Dreiviertelmajorität (130) oder absoluter Majorität (131)“, ergab sich durch die verschiedenen Mindestmehrheiten, die für die Antragstellung gelten sollten, die Notwendigkeit einer Trennung der Kapitel, wobei man denn auch die Strafen verschieden feststellen mochte. Man kann die ursprüngliche Einheit dieser Kapitel auch noch daran erkennen, daß, in allen den Stadtrechten beispiellos, das 131. Kapitel nicht mit ne, sondern mit neve beginnt; dies neve war sehr wohl am Platze, wenn beide

beide Verbote in einem Satze eines einzigen Kapitels abgehandelt wurden. —

Hier ist also die gleiche Änderung zugunsten der Ratsmacht einmal einwandsfrei und zweimal widersinnig eingefügt worden. —

Ebenso widersinnig und unmöglich ist eine Differenzierung der Magistraturen ins Kap. 54 der Malacitana gepreßt worden. Es mag nicht jedermann wider den Strich gehen, daß zunächst die zwei Männer gewählt werden sollen: ex eo genere ingenuorum hominum, de quo h(ac) l(ege) cautum comprehensumque est, darauf die aediles, item quaestores noch einmal: ex eo genere ingenuorum hominum, de quo h(ac) l(ege) cautum comprehensumque est. Aber das ist unerträglich, daß am Schlusse nur der Ädil oder Quästor distanziert werden soll, der gegen die römischen Ehrbegriffe verstoßen hat, nicht aber auch der Duumvir. Es genügt nicht, Ädil und Quästor als mögliche Anfangsämter hinzustellen, denn auch der zum Duumvir sich Meldende kann nach bekleideter Ädilität z. B. Konkurs gemacht haben und also wahlunwürdig geworden sein. Dies ganze Regulativ hatte im ursprünglichen Wurf nur ein einziges Amt im Auge und verlor, als mehrere Ämter hineingepreßt wurden, nicht nur Eleganz, sondern auch Logik. Sogar das Erfordernis der Majorennität paßt nicht für die Zweimänner, wenn ein Voramt existierte, das ebenfalls majorem aetatem forderte. —

Da dieses Kapitel Einheit des Amtes fordert, so habe ich auch Salpensana 27 versucht auf ein einziges Amt abzustellen. Daneben bleibt die Empfindung, daß die Quästur ihrerseits wieder in Salp. 27 und vielleicht auch sonst von außen hereingetragen wurde.

III. Praedes und Praedia.

a) Im allgemeinen.

Praedes allein: 1. beim Zivilprozeß. 2. beim Strafgeld der Acilia.[1]) 3. bei den regulären Magistratskautionen der

[1]) quei ex hl condemnatus erit q praedes facito det ex maioris partis sententia quanti eis censuer[int; sei ita pr]aedes datei non erunt bona



Patronisierung der Kolonialmeister — es sei denn auf schriftlichen Mehrheitsbeschluß des Rates: hier, meine ich, liegt die sukzessive Entstehung auf der Hand; zunächst ist schwer vorstellbar, daß ein ursprüngliches Gesetz die Ausnahme für die Kolonialobersten und den Regelfall der Ratsbestätigung für alle übrigen Personen in dieser Weise aneinander knüpfte. Schlechthin ausgeschlossen durch die Gesetze der Logik aber, ja durch die allgemeine Zeitfolge ist es, wenn gesagt wird, es solle niemand den Antrag stellen auf Patronisierung, es sei denn auf schriftlichen Mehrheitsbeschluß der Dekurionen. Ich weiß nicht, ob irgendeine beschließende Versammlung der Welt für die Stellung eines Antrages schriftlichen Beschluß ihrer Mehrheit oder gar Dreiviertelmajorität, wie Ursonensis cap. 130 verlangt, aber wenn eine es tut, so gibt sie sicher erst recht die qualifizierte Mehrheit an, welche für die gültige Fassung des Beschlusses selber erfordert wird.

Ursprünglich war hier gesagt, daß niemand den Antrag stellen dürfe auf Ernennung eines Patrons, es sei denn dieser letztere einer der Kolonialchefs oder deren Abkömmling. Erst hinterher wurde die Möglichkeit eines anderen Patrons eingeschmuggelt durch jene Ratserwähnung. Der gleiche Fall, noch verunziert durch die Arabesken späterer Jahrzehnte, liegt bei den analogen Bestimmungen der vierten Tafel von Urso in den Kapiteln 130 und 131 vor; diese bildeten meiner Meinung nach ursprünglich ein Ganzes, indem sie Patronat und Hospitium von Imperiumträgern schlechthin verboten und unter die gleiche Strafe stellten. Erst indem auch hier, widersinnig, ausgesprochen wurde: „der Antrag sei verboten, es sei denn, er werde gestellt nach Beschluß von Dreiviertelmajorität (130) oder absoluter Majorität (131)“, ergab sich durch die verschiedenen Mindestmehrheiten, die für die Antragstellung gelten sollten, die Notwendigkeit einer Trennung der Kapitel, wobei man denn auch die Strafen verschieden feststellen mochte. Man kann die ursprüngliche Einheit dieser Kapitel auch noch daran erkennen, daß, in allen den Stadtrechten beispiellos, das 131. Kapitel nicht mit ne, sondern mit neve beginnt; dies neve war sehr wohl am Platze, wenn beide

beide Verbote in einem Satze eines einzigen Kapitels abgehandelt wurden. —

Hier ist also die gleiche Änderung zugunsten der Ratsmacht einmal einwandsfrei und zweimal widersinnig eingefügt worden. —

Ebenso widersinnig und unmöglich ist eine Differenzierung der Magistraturen ins Kap. 54 der Malacitana gepreßt worden. Es mag nicht jedermann wider den Strich gehen, daß zunächst die zwei Männer gewählt werden sollen: ex eo genere ingenuorum hominum, de quo h(ac) l(ege) cautum comprehensumque est, darauf die aediles, item quaestores noch einmal: ex eo genere ingenuorum hominum, de quo h(ac) l(ege) cautum comprehensumque est. Aber das ist unerträglich, daß am Schlusse nur der Ädil oder Quästor distanziert werden soll, der gegen die römischen Ehrbegriffe verstoßen hat, nicht aber auch der Duumvir. Es genügt nicht, Ädil und Quästor als mögliche Anfangsämter hinzustellen, denn auch der zum Duumvir sich Meldende kann nach bekleideter Ädilität z. B. Konkurs gemacht haben und also wahlunwürdig geworden sein. Dies ganze Regulativ hatte im ursprünglichen Wurf nur ein einziges Amt im Auge und verlor, als mehrere Ämter hineingepreßt wurden, nicht nur Eleganz, sondern auch Logik. Sogar das Erfordernis der Majorennität paßt nicht für die Zweimänner, wenn ein Voramt existierte, das ebenfalls majorem aetatem forderte. —

Da dieses Kapitel Einheit des Amtes fordert, so habe ich auch Salpensana 27 versucht auf ein einziges Amt abzustellen. Daneben bleibt die Empfindung, daß die Quästur ihrerseits wieder in Salp. 27 und vielleicht auch sonst von außen hereingetragen wurde.

III. Praedes und Praedia.

a) Im allgemeinen.

Praedes allein: 1. beim Zivilprozeß. 2. beim Strafgeld der Acilia.[1]) 3. bei den regulären Magistratskautionen der

[1]) quei ex hl condemnatus erit q praedes facito det ex maioris partis sententia quanti eis censuer[int; sei ita pr]aedes datei non erunt bona

Patronisierung der Kolonialmeister — es sei denn auf schriftlichen Mehrheitsbeschluß des Rates: hier, meine ich, liegt die sukzessive Entstehung auf der Hand; zunächst ist schwer vorstellbar, daß ein ursprüngliches Gesetz die Ausnahme für die Kolonialobersten und den Regelfall der Ratsbestätigung für alle übrigen Personen in dieser Weise aneinander knüpfte. Schlechthin ausgeschlossen durch die Gesetze der Logik aber, ja durch die allgemeine Zeitfolge ist es, wenn gesagt wird, es solle niemand den Antrag stellen auf Patronisierung, es sei denn auf schriftlichen Mehrheitsbeschluß der Dekurionen. Ich weiß nicht, ob irgendeine beschließende Versammlung der Welt für die Stellung eines Antrages schriftlichen Beschluß ihrer Mehrheit oder gar Dreiviertelmajorität, wie Ursonensis cap. 130 verlangt, aber wenn eine es tut, so gibt sie sicher erst recht die qualifizierte Mehrheit an, welche für die gültige Fassung des Beschlusses selber erfordert wird.

Ursprünglich war hier gesagt, daß niemand den Antrag stellen dürfe auf Ernennung eines Patrons, es sei denn dieser letztere einer der Kolonialchefs oder deren Abkömmling. Erst hinterher wurde die Möglichkeit eines anderen Patrons eingeschmuggelt durch jene Ratserwähnung. Der gleiche Fall, noch verunziert durch die Arabesken späterer Jahrzehnte, liegt bei den analogen Bestimmungen der vierten Tafel von Urso in den Kapiteln 130 und 131 vor; diese bildeten meiner Meinung nach ursprünglich ein Ganzes, indem sie Patronat und Hospitium von Imperiumträgern schlechthin verboten und unter die gleiche Strafe stellten. Erst indem auch hier, widersinnig, ausgesprochen wurde: „der Antrag sei verboten, es sei denn, er werde gestellt nach Beschluß von Dreiviertelmajorität (130) oder absoluter Majorität (131)“, ergab sich durch die verschiedenen Mindestmehrheiten, die für die Antragstellung gelten sollten, die Notwendigkeit einer Trennung der Kapitel, wobei man denn auch die Strafen verschieden feststellen mochte. Man kann die ursprüngliche Einheit dieser Kapitel auch noch daran erkennen, daß, in allen den Stadtrechten beispiellos, das 131. Kapitel nicht mit ne, sondern mit neve beginnt; dies neve war sehr wohl am Platze, wenn beide

beide Verbote in einem Satze eines einzigen Kapitels abgehandelt wurden. —

Hier ist also die gleiche Änderung zugunsten der Ratsmacht einmal einwandsfrei und zweimal widersinnig eingefügt worden. —

Ebenso widersinnig und unmöglich ist eine Differenzierung der Magistraturen ins Kap. 54 der Malacitana gepreßt worden. Es mag nicht jedermann wider den Strich gehen, daß zunächst die zwei Männer gewählt werden sollen: ex eo genere ingenuorum hominum, de quo h(ac) l(ege) cautum comprehensumque est, darauf die aediles, item quaestores noch einmal: ex eo genere ingenuorum hominum, de quo h(ac) l(ege) cautum comprehensumque est. Aber das ist unerträglich, daß am Schlusse nur der Ädil oder Quästor distanziert werden soll, der gegen die römischen Ehrbegriffe verstoßen hat, nicht aber auch der Duumvir. Es genügt nicht, Ädil und Quästor als mögliche Anfangsämter hinzustellen, denn auch der zum Duumvir sich Meldende kann nach bekleideter Ädilität z. B. Konkurs gemacht haben und also wahlunwürdig geworden sein. Dies ganze Regulativ hatte im ursprünglichen Wurf nur ein einziges Amt im Auge und verlor, als mehrere Ämter hineingepreßt wurden, nicht nur Eleganz, sondern auch Logik. Sogar das Erfordernis der Majorennität paßt nicht für die Zweimänner, wenn ein Voramt existierte, das ebenfalls majorem aetatem forderte. —

Da dieses Kapitel Einheit des Amtes fordert, so habe ich auch Salpensana 27 versucht auf ein einziges Amt abzustellen. Daneben bleibt die Empfindung, daß die Quästur ihrerseits wieder in Salp. 27 und vielleicht auch sonst von außen hereingetragen wurde.

III. Praedes und Praedia.

a) Im allgemeinen.

Praedes allein: 1. beim Zivilprozeß. 2. beim Strafgeld der Acilia.[1]) 3. bei den regulären Magistratskautionen der

---

[1]) quei ex hl condemnatus erit q praedes facito det ex maioris partis sententia quanti eis censuer[int; sei ita pr]aedes datei non erunt bona

Tarentina: hier steht l. 9 für den erstmaligen duumvir, der sonst duarum personarum vicem sustenturus erat ein anderer als praes ein, damit der duumvir die satis datio entgegennehmen könne: der vikariierende Sicherheitssteller soll praedes praediaque ad IIII vir geben. — Allein beim regulären, derivativen Amtsantritt soll (l. 16) der neue Magistrat dem alten nur praedes, keine praedia stellen. — Auch macht sich für mein Gefühl die Formel der Haftung quae pequnia peruenerit, eam pequniam saluam recte esse futuram eiusque rei rationem r[edd]iturum ita utei senatus censuerit natürlicher bloß nach praedes als auf praedia ausgedehnt — die Malacitana 3, 32 bringt praedes mit dem Haftungsinhalt zunächst allein, und das nachgeschaltete Stück 34/35 über eventuelle praedia entbehrt der Formel des Haftungsinhaltes — in der Tarentina muß es auffallen, daß der originäre Einzelfall des erstmaligen Duumvirates praedes und praedia bringt, der Normalfall die praedia wegläßt: so ergibt sich die Vermutung, daß auch die für die Tarentina benutzte Vorlage nur praedes für den antretenden Beamten vorsah. 4. bei der Wiederaufbaupflicht in der Ursonensis cap. LXXV.

b) In der lex agraria.

Im Ackergesetz läßt sich eine doppelte Behandlung unterscheiden:

1. An zwei Orten, wo, wie es scheint, afrikanischer und korinthischer Acker je die gleiche Regelung erfährt, ist in einem wie leider nur zu häufig durch Lücken entwerteten Stück die Rede von manceps praedes praedia: Es handelt sich um die Negation, l. 100: manceps prae]uidesque nei magis soluti sunto, wonach, l. 46 ergänzt: neive magis m]anceps praevides praediaque soluti sunto. — l. 100 fehlt praedia und l. 46 stört es sehr wegen soluti. Daher nehme ich an, es sei die praedia-Masse l. 46f. späterer Einschub und das ursprüngliche Gesetz über Africa enthielt sowenig praedia wie

---

eius facito puplice possideantur conq[und l. 67: quod eius is reus non solverit ab eis pr[aedibus]que die pequnia exigatur. — Ebenso Bantina 11 ergänzt: sei condemnatus [erit quanti condemnatus erit praedes] ad q urb det aut bona eius poplice possideantur facito.



dasjenige über Corinthus. Aber auch der uns vorliegende Text der afrikanischen Verordnung gibt praedia an letzter Stelle.

Umgekehrt ist es bei den Bestimmungen über das Zwangsverfahren gegen den säumigen manceps (Mommsen, Jur. Schr. 1 S. 139): l. 73/74 Der morose Schuldner hat Sicherheit zu stellen, 83/84 er hat, nach nochmaliger Säumnis, für ter tanti, dreidoppelt, zu kavieren. Hier nun werden principaliter nur praedia gefordert, denn die Verordnung l. 73 geht auf satis supsignare, und subsignare ist technisch für praedia wie dare für praedes. 74 wird der praetor gemahnt, den Acker zu verkaufen, wenn für ihn satis arb(itratu) pr(aetoris) supsignatum non erit. Dies ist technisch für praedia; die Ergänzung in publicu[*mve praes datus eri*]*t* ist nicht nur an sich selbst fragwürdig (vielleicht eher in publicu[mve subditum als obligatum eri]t), sondern, wenn richtig, gewiß späteren Zusatz darbietend. Ebenso 84, wo der praetor . . .]ris ter tanti inuito eo quei dabit accipito, facitoque quei ex hl praedia dederit, utei ei satis supsig[netur . . . .] quo minus ex hl praedium queiquomque velit supsignet pecuniamve solvat praesque queiquomque ex hl fieri volet fiat. — Auch bei dieser nicht ganz durchsichtigen Bestimmung — dem unfreiwilligen Kaventen soll durch Dritte subsigniert werden — ist so viel klar: die zweite subsignatio ist sicher prädial, nicht pönal und erst hinter dem bereits der Einschaltung verdächtigen pequniamve solvat erst hinkt praesque queiquomque ex hl fiat nach. — Bei ter tanti invito eo erinnert man sich der formula Baetica l. 16: mancipio pluris HSNI invitus ne daret. — Jedenfalls aber ist in l. 79 und 84 prinzipiell an praedium und nur ganz subsidiär an praes zu denken.—

Somit gibt es in der lex agraria eine Gruppe mit praes voran und eine mit praedia voran; die Gruppen sind einander angeglichen durch Beifügung je des fehlenden Elementes hinter dem bis dahin einzigen. —

c) In der Malacitana.

Auch in Malacitana c. LXIII vermute ich eine Kontamination: Zwar ist es nicht ohne Beispiel, daß für denselben Tatbestand Eintragung in die Bücher und außer-

dem öffentlicher Anschlag gefordert wird: tab. Heracl. l. 13f. werden die einzutragenden Professionstatsachen auch proponiert; — aber in cap. LXIII ist Chiasmus, denn die Rubrik sagt: De locationibus legibusque locationum 1. proponendis et 2. in tabulas municipum (im Text tabulas municipum eius municipi) referundis. Im Text aber kommt die propositio zu zweit: Dies dürfte nicht einfache Fahrlässigkeit der Redaktion sein, vielmehr wäre es ein Weg, zum Urtext zu gelangen, wenn man annähme, daß der Pachtzins und seine Sicherheiten freilich Aufnahme in die Gemeindebücher zu finden hätten, aber diese Konstatierung nicht durch öffentliche Proposition zu verstärken war, letztere nur der Lokation und deren Bedingungen zukam, damit männiglich sie prüfen und für künftige Fälle sich ad notam nehmen konnte. — Die Überschrift spricht selbst jetzt noch nur von locationes legesque locationum. Hier nun deutet eine Spur darauf hin, daß die Sicherung ursprünglich nur durch praedia erfolgte, indem der ganze Satz: quanti quit locatum sit bis referantur facito in sich geschlossen ist und nur durch et praedes accepti sunt die grammatikalische Reinheit verunstaltet wird. Es wäre immerhin möglich, daß bei diesen, den zensorischen Verpachtungen analogen locationes die praedia (wie sonst censui censendo) das Sicherungsobjekt waren und die praedes hier erst später eingefügt wurden. Es läßt sich auch denken, daß die geschehenen locationes mit ihren leges gerade während des Amtsjahres proponiert werden mußten, während eine Beschränkung der Proposition der Sicherungen auf das Amtsjahr nicht recht verständlich erscheint. — Ganz erstaunlich, und typisch für das Überwuchern der stadträtlichen Einmischung ist es, wenn sogar der Ort der Proposition dem Gutachten der Dekurionen unterbreitet werden muß. Auch hier sollten dann nur praedia oder doch in erster Linie praedia in Betracht kommen; so scheint es hier bei der Kaution für den Pachtschilling gewesen zu sein, während bei dem Gutstehen für die, Gelder verwaltenden Beamten praedes entweder ausschließlich oder doch zunächst einmal in Betracht kommen.[1])

[1]) Die eventuellen praedia in cap. 60 halte ich für Zutat.

Welches Anwendungsgebiet im einzelnen den praedia, welches den praedes zufiel, bleibe dahingestellt: waren es verschiedene Gebiete, so erklärt es sich, daß das Reglement, welches in Malacitana 64 für praedes und praedia gemeinschaftlich dasteht, ursprünglich nur für praedes abgefaßt war und erst nachher mit den praedia überladen wurde. Schwierigkeiten machen bei der Entwirrung die cognitores praediorum, doch sei der Versuch gewagt. In dem angegliederten praedia-Teile sind einige Fehler, wie quaeque eorum statt quae eorum — obligati obligataeque sunto uti ii eaeve statt obligataque — eave. Es hat aber auch sonst seine Schwierigkeiten mit dem Ineinandergreifen beider Gattungsarten: Bei den praedes ist die Haftung *ἔκ τε αὐτοῦ καὶ ἐξ ὑπαρχόντων αὐτοῦ* ausgesprochen durch ii omnes et quae cuiusque eorum tum erunt cum praees factus est erit, quaeque postea esse cum ii obligati esse coeperunt ceperint, qui eorum soluti liberatique non sunt non erunt. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Erwähnung der bona der praedes im Urformular fehlte, welches vielmehr nur die praedes als Personen genannt hatte, wie ja deren Verkauf nachher allein auf die Person gemünzt ist (auch im folgenden Kapitel); es genügte: ii omnes, qui eorum soluti liberatique non sunt non erunt . . . perinde obligati sunto. Durch die Einsetzung der bona — also der *ὑπάρχοντα*, nicht der praedia — ist nun ein solcher Wortschwall zusammengekommen, daß das folgende qui eorum soluti liberatique non sunt non erunt eaque omnia quaeque eorum soluta liberata que non sunt non erunt auch wohl auf (ii qui eorum) die praedes und (eaque omnia quaeque eorum) die *ὑπάρχοντα* bezogen werden könnte. Dies ist Mommsen begegnet, der daher vor qui eorum ein zweites ii omnes ergänzt, als Parallele zu eaque omnia quaeque eorum, welches von den *ὑπάρχοντα* spräche. In der Tat scheint durch die Hinzufügung des Vermögens noch ein Wort über die Eventualität der Befreiung einzelner Vermögensstücke wenn nicht gefordert, so doch nahegelegt zu sein, und in diesem Falle wäre allerdings ein zweites ii omnes vor die praedes zu setzen — das erste steht vorn. —

Allein im Sinne der wüsten Wortführung, die wir vor

uns haben, korrespondiert eaque omnia mit dem ersten ii omnes, und es ist die Phrase für die praedia, also den zweiten Fall der Haftung, eben wie ii omnes die für die praedes: das ergibt sich äußerlich aus den Worten: eaque praedia subdita subsignata obligatave erunt. Denn diese haben Sinn nur für je einzelne praedia. Die ὑπάρχοντα fallen bei der Feststellung der Haftung, ebenso wie später, einfach unter den Tisch. Dann ist also nicht ein zweites ii omnes weggefallen: aber die leidige Schwerfälligkeit des Satzes drängt zu der Annahme einer Kontamination in der Art, daß praedia mit cognitores liederlich in ein Kapitel hineingepreßt wurden, welches ursprünglich den praedes allein geweiht war.

Ein einigermaßen besonnener Vereiniger der beiden Kautionsarten (praedes und praedia) würde statt der widerwärtigen Einklemmungen der praedia eine Gliederung gewählt haben, wie in cap. 67 der Fall ist, wo die beiden Bestandteile (pecunia und rationes) eine hinter der andern abgehandelt werden und um den Preis weniger Worte klare Übersicht erlangt ist. Accepta statt subsignata bei der ersten Erwähnung der praedia ist für diese befremdlich, und man beachte, wie cognitor bald vor praedia und bald dahinter steht, eine Unstimmigkeit, die sich auch im Kap. 65 wiederholt.

Das 64. Kapitel wählt für die vereinigten Kautionen die Form:

A. 1. Quicumque in m. F. M. in c. m. eiius municipi praedes facti sunt erunt.

2. a) *quaeque praedia accepta sunt erunt,* b) *quique eorum praediorum cognitores facti sunt erunt.*

B. 1. ii omnes (etc.: ὑπάρχοντα) qui eorum soluti liberatique non sunt non erunt aut non sine d m sunt erunt.

2. *eaque omnia quaeque eorum soluta liberataque non sunt non erunt aut non sine d m sunt erunt.*

C. in commune municipum eiius municipii item 1. obligati, 2. *obligataeque* sunto uti // ii, 2. *eaeve etc.*

Eine Primärkonzeption, die alles zusammenfaßte, hätte sich aber meines Erachtens entweder so gestaltet:

1. Quicumque in m F M in c m e m praedes facti sunt erunt quique cumque praediorum cognitores facti sunt erunt ii omnes qui eorum *etc.*
2. Quaequecumque in m F M in c m e m praedia [subsignata] sunt erunt ea omnia quae eorum *etc.*

oder schleppend, aber auf das Sachliche rekurrierend:

1. Quicumque in m F M in c m e m praedes *etc.*
2. quaequecumque in m F M in c m e m praedia *etc.*
3. quiquecumque in m F M in c m e m praediorum cognitores *etc.*

Die wirklich gewählte Form verwirrt und hat in der Tat Mommsen veranlaßt, den Ausfall eines zweiten ii omnes zu vermuten.

Ob man weiter annehmen soll, die perinde-Beziehung unserer stadtrömischen Regulative sei erst später in das lateinische Statut gekommen (wie ich auf meinen Tafeln es angesetzt habe), ob also die Latinerrechte ihre praedes bereits von sich aus organisiert hatten — ist eine Gefühlsfrage.

Die zweite dum-Klausel (l. 56ff.) mit dem unerklärten minfore mahnt an die Weisungen der Rubria, im normalen Falle nicht etwa die Blankettnamen in die Instruktion zu setzen (Rubria I 42ff.). —

Ob praedia-Haftung eine Modifikation der praedes oder eine andere Art war? Meine Empfindung geht, gegen Partsch, für die zweite Möglichkeit.

Nachtrag. Im Hefte XVII 3/4 der Klio S. 258 vermutet Emil Kießling auf Grund der Feststellungen, die Fabricius auf dem Erze gemacht, daß die kleineren Buchstaben auf cap. 129—131 der Ursonensis sich aus einem Versehen des Graveurs erklären, der vom Schluß des cap. 128 auf den des cap. 130 gesprungen war, dann weiter gestochen hatte, und als er den Fehler bemerkte, wegkratzte, um in kleineren Lettern die ausgelassenen Kapitel mit unterzubringen.

Gradenwitz.

XXIII.

Zur Entstehung des modernen Pandektensystems.

Von

Herrn Dr. jur. **Andreas B. Schwarz,**
a. o. Professor der Rechte an der Universität Leipzig.

Kaum eine zweite Tatsache bringt den universellen Einfluß der deutschen gemeinrechtlichen Wissenschaft des 19. Jahrhunderts zu so deutlich erkennbarem Ausdruck wie die weite Verbreitung desjenigen Privatrechtssystems, das vor mehr als hundert Jahren die gangbare Anordnung der deutschen Pandektendarstellungen geworden ist und das seither mit dem Worte „Pandektensystem" bezeichnet zu werden pflegt. Dasselbe ist im Laufe des Jahrhunderts in ständig sich erweiterndem Umfang innerhalb und außerhalb Deutschlands zum festen System der privatrechtlichen Wissenschaft und Gesetzgebung geworden: schon früh auch von der germanistischen, teils auch der partikularrechtlichen Zivilistik befolgt[1]), ist es erst dem sächsischen, dann dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde gelegt worden, wurde nach dem Vorbild mehrerer Kantonalgesetzgebungen vom schweizerischen Zivilgesetzbuch, in besonders treuer Nachbildung vom bürgerlichen Gesetzbuch Japans[2]), wie auch den Zivilgesetzentwürfen

[1]) Die Systeme des deutschen Privatrechts folgen im 19. Jahrhundert durchwegs dem Pandektensystem; vgl. zur Frage v. Gierke, Deutsches Privatrecht I 107 f.

[2]) Vgl. Nobushige Hozumi, The new Japanese Civil Code (a paper read at the international congress of arts and science at the univ. exp., Saint-Louis 1904) p. 23: The new Civil Code is divided into five Books, according to the plan which German jurists call „Pandektensystem". Wie sehr dieses Gesetzbuch auch im einzelnen deutschem Einfluß seine Gestalt verdankt, ist bekannt, wenn auch nicht hinlänglich gewürdigt; in der pompösen englischen Ausgabe von J. E. de Becker, Annotated Civil Code of Japan, 4 Bde. (1909) wird im Schuldrecht bei den meisten Paragraphen die Parallelbestimmung des deutschen BGB. angeführt, während das gleiche in den übrigen Teilen merkwürdiger Weise nicht geschieht.



Ungarns[1]) und jenem Rußlands[2]) übernommen und ist von der zivilistischen Wissenschaft des Auslandes in stets stärkerem Maße auch dort rezipiert worden, wo ein in anderer Legalordnung kodifiziertes Privatrecht in Geltung ist, wie z. B. in Österreich und dem Gebiete des romanischen Rechts.[3]) Die Bedeutung dieser Tatsache wird man besonders zu würdigen wissen, wenn man sie dem unruhigen und abwechslungsreichen Bilde gegenüberstellt, das die Systematik der privatrechtlichen Wissenschaft und Gesetzgebung im 17. und 18. Jahrhundert aufweist, was an den völlig verschieden gearteten Systemen der rasch nacheinander entstandenen Gesetzbücher Preußens, Frankreichs und Österreichs mit besonderer Deutlichkeit sich erkennen läßt (vgl. unten S. 585). Während die Zivilistik der vorangehenden Jahrhunderte ein ständiges Ringen mit den Schwierigkeiten der Systembildung zeigt, hat im 19. Jahrhundert die Frage der Privatrechtssystematik sozusagen aufgehört, ein aktuelles Problem der Jurisprudenz zu bilden.[4]) Dies besonders erfolgreiche Geschick des modernen Pandektensystems ist aber eine um so merkwürdigere Erscheinung, als dieselbe sich keineswegs durch besonders hervorragende innere Vorzüge dieser Anordnung begründen läßt. Wiederholt ist sie als eine allen systematischen Anforderungen keineswegs entsprechende bezeichnet worden[5]) und soweit man

---

[1]) Vgl. Heymann, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn 18f.; v. Szászy-Schwarz, Jherings Jahrb. f. Dogm. 68, 330f.

[2]) Vgl. v. Seeler, Der Entwurf des russischen Zivilgesetzbuchs (1911).

[3]) Für Österreich vgl. Unger, System I 210f.; Krainz, System des österr. allg. Privatrechts (5. Aufl.) 36, woselbst nähere Literaturangaben. Im romanischen Rechtsgebiet ist das deutsche Pandektensystem bes. in Italien eingedrungen, vgl. dazu die Ausführung von B. Brugi, Istituzioni di diritto civile italiano (1905) § 6, der diese Anordnung selbst befolgt; ebenso Chironi, Istituzioni di diritto civile italiano (1912).

[4]) Unter den Werken namhafter deutscher Autoren sind vor allem die Pandekten von Brinz nach einer von der gangbaren abweichenden Ordnung aufgebaut.

[5]) Vgl. z. B. Puchta, Kleine civilist. Schriften 221f., bes. 232f.; Gierke, Entwurf eines BGB. 80f.; Zitelmann, Z. f. priv. u. öff. Recht 33, 4f.; Schuster, Principles of german civil law 6f.; Schreuer, Deut-

ihr nicht kritiklos wie einer natürlichen Ordnung der Dinge gefolgt ist, übernahm man sie meist nur mit der resignierenden Empfindung, daß ein einwandfreies Rechtssystem überhaupt ein Ding der Unmöglichkeit[1]), das vorliegende aber nun mal gewohnt, bequem und doch auch nicht schlechter als irgendein früheres sei. So läßt sich denn seine ungewöhnliche Lebenskraft allein durch das überragende Ansehen der Häupter der historischen Schule, wie auch der späteren Pandektenwissenschaft erklären. Dadurch wurde dies moderne Pandektensystem zum ebenbürtigen Nachfolger jenes innerer Vorzüge noch weit mehr entbehrenden alten, in dem die europäische Welt den Stoff der römischen Jurisprudenz von den Byzantinern überliefert bekam und in dem sie von den Tagen der Glosse bis tief in die Neuzeit hinein den Stoff des Privatrechts zu schauen und zu lehren gewohnt war.

Es bedarf hierbei nicht der Hervorhebung, daß diese Gleichförmigkeit der Systematik nicht im Sinne einer sklavisch getreuen Übernahme eines bis ins einzelne feststehenden Schemas zu verstehen ist. Selbst die Zahl, wie auch die Benennung und Reihenfolge der Hauptteile weisen mannigfache Verschiedenheiten auf, vom näheren Ausbau der einzelnen Abschnitte gar nicht zu reden. Doch die Hauptkonturen bleiben immer die gleichen und so ist dies System in Gestalt der üblichen Gliederung — allgemeiner Teil, Sachenrecht, Schuldrecht, Familien- und Erbrecht — uns so sehr vertraut geworden. Der wichtigste systematische Einwand, der gegen diese Einteilung geltend gemacht wurde, geht nun dahin, daß sie nicht von einem einheitlichen Prinzip getragen wird[2]): während nämlich die Unterscheidung von Obligationen- und Sachenrecht auf dem Gegensatz zweier Typen von Rechtswirkungen beruht, gliedern sich Familien- und Erbrecht nach dem Gesichts-

sches Priv. R. 39/40; vgl. auch A. Menger, Das bürg. R. u. die besitzlosen Volksklassen 36 f.

[1]) So z. B. Thibaut, Pandekten (I. Aufl.), Vorrede; Gierke, Deutsches Privatrecht I 107; Krainz a. a. O.

[2]) Zur Theorie der Rechtssystematik überhaupt vgl. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft 364 f.

punkt der Tatbestände, auf die sich die also zusammengefaßten Rechtsnormen beziehen.[1]) Dies Gebäude erscheint demnach als ein unorganisches, nicht einer einheitlichen Betrachtungsweise entsprungenes Gebilde: die beiden Paare — Sachenrecht und Schuldrecht, Familienrecht und Erbrecht — sind nach dem Worte Zitelmanns „nach einer Kreuzeinteilung geformt".[2]) Die Erklärung für diese befremdliche Tatsache ergibt sich aus der historischen Entwicklung, die zur Ausbildung dieses Systems geführt hat. Dies nachzuweisen, wollen die folgenden Ausführungen versuchen (vgl. insbes. unten S. 602f.).

Es ist an dieser Stelle keiner näheren Darlegung bedürftig, daß der Aufbau unseres Systems teils auf römischen, teils auf späteren Gedanken beruht: auf römischen Ursprung geht insbesondere die Scheidung von Sachenrecht und Schuldrecht wie auch in weitgehendem Maße die Gliederung einzelner Teile und Lehren zurück; neuerer Herkunft hingegen ist vor allem die Voranstellung des allgemeinen Teils und die Verselbständigung von Familien- und Erbrecht in Gestalt gleichwertiger besonderer Teile. Es mag beim Anlaß dieser Zeilen gestattet sein, daran zu erinnern, daß von allen Forschern des römischen Rechts keiner so tief in das Gefüge von dessen Systemen hineindrang, wie Otto Lenel: er hat nicht allein das Ediktssystem und das Sabinussystem, sondern in seiner Palingenesie sämtliche unserem Blick noch zugänglichen Systeme römischer Jurisprudenz neu erstehen lassen. Das moderne Pandektensystem geht aber bekanntlich — nachdem es zum erstenmal von Gustav Hugo in seinen „Institutionen des heutigen römischen Rechts" (1789) aufgestellt, in den späteren Auflagen dieses Werkes aber von ihm wieder aufgegeben worden war[3]) — auf Georg Arnold Heises „Grundriß eines

---

[1]) Dies ist von Zitelmann, Zeitschr. f. priv. u. öff. Recht 33, 5f. dargelegt worden.

[2]) Zitelmann a. a. O. 11.

[3]) Als vierter Band des Lehrbuchs eines civilistischen Kursus hat es in späteren Auflagen mit der Anordnung auch den Titel öfter gewechselt; betreffs der Änderung der ursprünglich befolgten Systematik vgl. Hugo, Beytr. zur zivilist. Bücherkenntniß I 520f.

Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen" (I. Ausg. 1807) zurück. Diesen hat Savigny seinen Vorlesungen in Landshut und Berlin zugrunde gelegt, dessen spätere Auflagen (II. 1816; III. 1819) durch lebhafte Anteilnahme und vielfache Anregung gefördert, eine Beziehung, die erst kürzlich durch die von Otto Lenel veröffentlichten Briefe Savignys an Heise ganz deutlich erkennbar geworden ist.[1]) So wird es wohl nicht als unangebracht erscheinen, einen Beitrag zum diesmaligen Anlaß einer Frage zu widmen, die die Entwicklung betrifft, welche die Systeme von Gaius und Tribonian und die von Hugo und Heise trennt und verbindet.

Doch der zur Verfügung stehende Raum nur weniger Seiten gestattet allein eine flüchtige Skizze. Sie ist den Vorarbeiten zu Studien entlehnt, die die Vorläufer der juristischen Dogmatik der historischen Schule betreffen. Sie will hier bloß die Frage verfolgen, welchem Ursprung die Hauptteile der Pandektendoktrin ihre systematische Stellung verdanken, ohne dabei auch nur annähernd Abschließendes oder Erschöpfendes bieten zu können.[2]) Des großen Ganges der neuzeitlichen Systemgeschichte sei dabei nur mit wenigen Worten gedacht. Über sie liegen mehrfache Untersuchungen vor, vor allem in den bahnbrechenden Darstellungen von R. Stintzing und E. Landsberg.[3]) Ihre Bedeutung ragt weit über den Kreis bloß literaturgeschichtlicher Probleme hinaus: gerade die Systemgeschichte bietet eine der bequemsten und aussichtsreichsten Pforten, durch welche in die Gebiete innerer Wissenschaftsgeschichte, d. h. der juristischen Methoden- und Problemgeschichte sich vordringen läßt.

---

[1]) Lenel, Briefe Savignys an Georg Arnold Heise, Z. d. Sav.-St. 36, 96f.; auf den Grundriß von Heise beziehen sich daselbst S. 114, 116f., 126f., 133, 136, 155.

[2]) Die Begründung mehrerer im folgenden berührter Punkte muß einer späteren Gelegenheit vorbehalten bleiben. Ebenso mußte die Anführung von Literatur und Quellen sich auf eine mitunter vielleicht willkürliche Auslese von Beispielen betreffs der Hauptpunkte beschränken.

[3]) Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, deren Bände im weiteren als Stintzing I und II, Landsberg I und II zitiert werden. Da-

Es ist bekannt, daß vom 16. Jahrhundert ab sich in Deutschland und Frankreich das Streben zeigt, von der Legalordnung der Digesten abzukommen und an deren Stelle eine rationelle Anordnung zu setzen. Schon die Literatur des 16. Jahrhunderts weist in dieser Hinsicht eine Reihe sehr selbständiger Versuche auf, die jedoch größerenteils keinen unmittelbaren Einfluß auf die spätere Entwicklung ausübten.[1]) Diese ist dann in Frankreich und Deutschland nicht die gleiche gewesen. Während die bei weitem bedeutsamste und einflußreichste systematische Darstellung des 16. Jahrhunderts, die Commentarii iuris civilis des Hugo Donellus (1589) sich in ihrer Anlage im wesentlichen an die alte Institutionenordnung anlehnten[2]), hat sich die spätere romanistische Zivilistik Frankreichs vielfach sehr erheblich von den traditionellen Bahnen entfernt, was am denkwürdigsten in dem sehr einflußvollen, in seiner Anordnung ebenso originellen wie sonderbar anmutenden Werk von Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel (1689—97) deutlich in Erscheinung tritt (vgl. unten S. 600).[3]) Dagegen sind in Deutschland nach den so selb-

bei erscheint es mir als eine Pflicht literarischer Dankbarkeit, zu bekennen, daß Untersuchungen der in diesem Aufsatz vorliegenden Art ohne die von Landsberg geschaffene Grundlage jedenfalls nur mit weit größerer Mühe versucht werden könnten.

[1]) Dazu vor allem Stintzing I 256f., 287f., 377f., 424f.; ferner Ratjen, Z. f. Rechtsgesch. 8, 277f.; Gierke, Johannes Althusius 37f.; vielfaches Detail auch bei F. X. Affolter, Das römische Institutionen-System. Vgl. auch die Hinweise bei Leibnitz, Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae, Pars spec. § 13 (cf. G. Hartmann, Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph, Tübinger Festg. f. Jhering 16f., 25f.).

[2]) Dazu vor allem Eyssell, Doneau sa vie et ses ouvrages (Dijon 1860), insb. 245f.; auch Allg. Literaturzeitung, Halle u. Leipzig 1806, S. 578f.; Stintzing I 378f. u. Donellus in Altdorf 40f.; Gierke a. a. O. 40. — Die Vorgänger des Donellus, so bes. auch Franciscus Connanus in seinen Commentariorum iuris civilis libri X zeigen wohl der Institutionenordnung gegenüber eine größere Selbständigkeit, doch auch eine weit geringere systematische Geschlossenheit (vgl. Eyssell a. a. O. 198f., auch Simonnet in seinem einleitenden Bericht zu diesem Werk p. XXf.).

[3]) Vgl. Ratjen a. a. O. 290f.; mit näheren Literaturangaben Viollet, Hist. du droit civil français (3e éd.) 242f., 261. Cf. auch Hugo, Beytr. zur civilist. Bücherkenntniß I 98f.

ständigen Versuchen von Konrad Lagus, Hermann Vultejus, vor allem Johannes Althusius und anderer die systematischen Darstellungen des usus modernus im wesentlichen der Institutionenordnung gefolgt: die gangbaren systematischen Werke, wie z. B. die Jurisprudentia Romano-Germanico-forensis von Georg Adam Struve, „der kleine Struv" genannt (1670)[1], die Oeconomia iuris ad usum hodiernum accomodati von Johann Heinrich Berger (1712)[2]) zeugen davon. Gegenüber der an überlieferte Vorbilder angelehnten deutschen Jurisprudenz des positiven gemeinen Rechts kam aber gleichzeitig in Deutschland eine selbständigere systematische Richtung im anderen großen Strome der Rechtswissenschaft hoch: dem des Naturrechts. Es war die besondere Eigenart, in der der naturrechtliche Gedanke in der deutschen Wissenschaft sich auslebte, ein System des ius naturae zu erstreben. Ungehemmt von jedweder positiven Quelle, auf den rationalistischen Ausbau eines die gesamte Rechtswelt umfassenden Ganzen gerichtet, hatte hier das systematische Bestreben freien Weg. Von Samuel Pufendorf ist dies System geschaffen worden.[3]) Wohl ist in seinem privatrechtlichen Teil auch dieses stark von der hergebrachten romanistischen Weise beeinflußt, aber doch eigenartig und neu, sowohl im zum Teil freilich nur flüchtigen Ausbau der einzelnen Teile, wie infolge der Einstellung in den Zusammenhang eines viel umfassenderen Ganzen.[4]) Dieses Pufendorfsche System ist in vieler Hinsicht grundlegend geblieben für die ganze weitere Entwick-

[1]) Vgl. Stintzing II 157f. [2]) Vgl. Landsberg I 155f.

[3]) Dazu und zu dem im Text folgenden Landsberg I 12f.

[4]) Übrigens ist die Pufendorfsche Darstellung auch in ihren privatrechtlichen Teilen vielfach in weitgehendem Maße von Hugo Grotius abhängig (vgl. z. B. unten S. 598 Anm. 1), der jedoch ein Systematiker des ganzen Naturrechts im Pufendorfschen Sinne nicht gewesen ist. Für die Entwicklung der Naturrechtsjurisprudenz wäre es daher sehr wichtig, die Quellen des Hugo Grotius zu kennen; diese Aufgabe ist in mehrfachen eingehenden Untersuchungen (vgl. v. Kaltenborn, Die Vorläufer des Hugo Grotius 1848; E. Nys, Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius 1882) im wesentlichen nur betreffs der spezifisch natur- und völkerrechtlichen, nicht auch der privatrechtlichen Fragen geleistet worden.

lung der naturrechtlichen Jurisprudenz: das systematische Grundprinzip, nach einer im einzelnen sehr verschieden gearteten philosophischen Einleitung zunächst das Recht der Einzelpersonen und in dessen Rahmen das Vermögensrecht zu behandeln, dann zum Recht höherer Einheiten vorwärtsschreitend das Recht der Familie, das des Staates, schließlich das Völkerrecht darzulegen, beherrscht von da ab die ganze weitere Naturrechtsliteratur (vgl. hierzu unten S. 603f.).

Doch bei alledem gehen die Systeme der einzelnen Juristen in Gesamtanlage und Einzelheiten sehr stark auseinander, so daß von einem festen Naturrechtssystem im Sinne der Institutionenordnung oder des modernen Pandektensystems nicht die Rede sein kann. So zeigt denn — wie schon im Eingang erwähnt — die Rechtssystematik des 17./18. Jahrhunderts ein buntes und zerfahrenes Bild, das dann in den großen Kodifikationen der Jahrhundertwende seine bleibenden Spuren zurückläßt: die Anordnung des preußischen Landrechts ist von der deutschen Naturrechtslehre beeinflußt[1]), der Code civil zeigt deutlich die Wirkung der vorangehenden französischen Zivilistik[2]), während das österreichische allg. BGB. sich im wesentlichen an die Institutionenordnung anlehnt.[3]) Von all diesen Einflüssen konnte nun aber auch die Jurisprudenz des deutschen Pandektenrechts nicht unberührt bleiben. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts setzt auch hier immer stärker eine Tendenz auf Preisgabe der Institutionenordnung ein. Diese Tendenz zeigt aber sehr deutlich den anregenden

---

[1]) Vgl. dazu Landsberg I 465f., 473f. und die dazu in den Noten angeführten Literaturangaben. Cf. auch unten S. 605, 607.

[2]) Näheres bei Viollet a. a. O. 224f. Insbesondere ist nicht zu verkennen, daß die Systematik von Bourjon, Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes (Paris 1747) (s. Viollet 250f.) in den drei ersten Büchern — 1. des personnes, 2. des biens, 3. comment les biens s'acquièrent — ganz den drei Büchern des Code civil entspricht, wennschon dort noch drei weitere Bücher — 4. comment les biens se régissent, 5. comment on dispose des biens, 6. des actions et des exécutions — hinzukommen.

[3]) Dazu die eingehende Darstellung von v. Harrasowsky, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes (1868).

Einfluß der naturrechtlichen Richtung, wie sie insbesondere unter Christian Wolfs Einfluß sich entwickelt hat. Derselbe äußert sich sowohl in der systematischen Technik auch äußerlich scharf gegliederter, in Bücher, Abteilungen, Kapitel und immer kleinere Einheiten geteilter Dispositionen, wie vor allem auch in der inhaltlichen Anordnung. Wir können dies an einer Reihe mannigfaltiger, mehr oder weniger umfangreicher Versuche beobachten, die unter dem Einfluß der Wolfschen Richtung entstanden; sie werden im weiteren mehrmals zur Erwähnung gelangen. Ihre Verfasser sind Juristen, die völlig im Naturrecht stecken und die von dort gewohnte Methode auf die Dogmatik des positiven Rechts übertragen. Heises System weist mit den Handbüchern, Kompendien und Grundrissen[1]) dieser Vorgänger sehr deutliche Zusammenhänge auf. Daß aber infolge dieser Vermittlung viele Elemente des neuen Gebäudes im Boden des Naturrechts wurzelten, war ihren Schöpfern meist ebensowenig wie ihren Nachkommen bewußt und beispielsweise hat Puchta in einer kurzen Skizze der Systemgeschichte — sicher nicht aus bloßer Opposition und totschweigender Tendenz — des naturrechtlichen Einflusses gar nicht gedenken zu müssen geglaubt.[2]) Inwieweit nun das neue

---

[1]) Die auf bloße Dispositionen von Rechtssystemen sich beschränkenden Grundrisse sind keineswegs erst durch Heise in Mode gebracht worden (so Puchta, Pand. § 9a Anm. 1); eine ganz ähnliche Literaturgattung repräsentieren schon aus früherer Zeit die weiter unten zu nennenden Schriften von Habernikkel (S. 591) und Haubold (S. 595). Doch haben all diese auch ihre rein naturrechtlichen Parallelen, z. B. Christoph Hüffer, Grundriß zur Vorlesung übers Naturrecht (Münster 1785); Fr. H. Max. Kersten, Skelet des Natur-, Staats- und Völkerrechts (Dresden 1776).

[2]) Puchta, Pandekten § 9a. Hingegen sagt Hugo, Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniß I 3f. von der üblichen Legalordnung der Titelfolge sprechend: „Nur sehr einzeln standen die Versuche, welche seit der Mitte des Jahrhunderts gemacht worden waren, mit Hülfe von Wolfischer Philosophie eine wenigstens von den Titeln, mehr als von dem Systeme selbst, ganz unabhängige, ausschließend sogenannte systematische Ordnung zu befolgen.“ — Daß das Naturrecht auf Systematik und Begriffsbildung befruchtend wirkte, ist, wenngleich ohne nähere Darlegung, bei aller Gegnerschaft mehrmals bemerkt worden: so z. B. A. v. Feuerbach, Kleine Schriften 166; Singer, Z. f. priv. u. öff. R. 16, 292 [19]; Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie 226; Lands-

System einerseits der auf der Institutionenordnung fußenden gemeinrechtlichen Entwicklung, andererseits aber naturrechtlichen Wirkungen seine Gestalt verdankt, soll bezüglich der wesentlichen Gliederung im folgenden dargelegt werden.

Hierbei ist der allgemeine Teil die interessanteste, auch die ergiebigste Materie. Dieser kam im neuen Pandektensystem als inhaltlich völlig neuer Bestandteil zu dem durch die alten Systeme überlieferten Stoffe hinzu und dieser verleiht der in der Pandektendoktrin der historischen Schule wurzelnden deutschen Rechtswissenschaft jedweder anderen Jurisprudenz gegenüber ihr eigenartigstes Gepräge.[1]) Zugleich ist dies der umstrittenste Teil, über dessen Wert für Wissenschaft, Unterricht und Gesetzgebung bis in die neueste Zeit sehr auseinandergehende Ansichten laut wurden.[2]) Selbst Savigny, dessen späteres System in acht Bänden nicht über den allgemeinen Teil hinauskam (vgl. Vorrede zum VIII. Band), schrieb 1812 an Heise, daß er diesen „etwas abzukürzen" pflegt, da er „kein Freund vom allgemeinen Theil sei und sehr zum besonderen eile".[3]) Eduard Gans — nach Hans Peters „der bei weitem feinste Kopf in solcher Systematisierung"[4]) — hat in seinem System auf einen allgemeinen Teil der üblichen Art verzichtet und sich gegen die Voranstellung eines solchen gewendet[5]), Neuere haben ihn mitunter heftig bekämpft[6]) und jüngste Kodifikationen sind in diesem Punkt dem deutschen Vor-

berg I 435, 486; Bruns in der Holtzendorfschen Encycl. VI 293; Hölder Pand. 14; Enneccerus, Lehrb. d. bürg. R. I § 20; Ehrlich, Juristische Logik 134; besonders zu beachten auch Wellspacher, Festschr. z. Jahrhundertfeier des ABGB I 173f.

[1]) So wird denn auch in der ausländischen Rechtswissenschaft der allgemeine Teil als ein spezifisch deutsches Geistesprodukt angesehen, vgl. z. B. Pollock, Essays in jurisprudence and ethics 14f.

[2]) Dazu vor allem die Untersuchung Zitelmanns, Zeitschr. für das priv. u. öff. Recht 33, 1f.

[3]) In den von Lenel veröff. Briefen, diese Zeitschr. 36, 129. Zur Methodik und den Gefahren des allg. Teils vgl. Savigny, System I 390f.

[4]) Diese Zeitschr. 32, 180.

[5]) Gans, System des röm. Civilrechts (1827) 169f.

[6]) Besonders Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft (Kieler Festg. f. Hänel), Sonderabdruck 65f.; ferner die moderne freirechtliche Literatur.

bild nicht gefolgt.[1]) Trotz alledem ist unzweifelhaft dieser Teil zum Schwerpunkt der juristischen Dogmatik geworden, von dem für die übrigen Rechtsgebiete, wie Strafrecht, Prozeß, Staats- und Verwaltungsrecht, wie auch die Wissenschaft des Auslandes die bedeutsamsten Wirkungen ausstrahlten. Was nun die Herkunft dieser Materie anlangt, so ist zwischen der Ausbildung allgemeiner Lehren und derjenigen technisch geformter „allgemeiner Teile" wohl zu scheiden: das erstere ist ein umfassenderes dogmengeschichtliches; nur das zweite das hierher gehörige systemgeschichtliche Problem. In dieser Hinsicht steht es aber fest, daß der allgemeine Teil des Pandektensystems aus der naturrechtlichen Jurisprudenz herauswuchs. Allerdings ist die Methode, im Rechtssystem von allgemeinen Grundsätzen auszugehen, keineswegs von dieser zum erstenmal gehandhabt worden; derartiges ergibt sich aus dem Wesen jedweden systematischen Betrebens. So zeigen mitunter auch schon frühere systematische Werke in einer der neueren Pandektenlehre nicht völlig unähnlichen Weise eine derartige Tendenz: z. B. erscheint im Index capitum der Dicaeologica des Johannes Althusius der erste Teil des ersten Buches durch die ausdrückliche Überschrift „agit de generalibus" bezeichnet.[2]) Allein diese Methode ist ohne unmittelbare Nachahmung geblieben (vgl. oben S. 583), und als sie bei den Pandektisten des ausgehenden 18. Jahrhunderts wieder in Erscheinung tritt, ist sie deutlich durch naturrechtliche Vorbilder veranlaßt. Der naturrechtlichen Methode mußte es in besonderem Maße naheliegen, vor allem die allgemeinen Grundsätze zu entwickeln: denn der Anlehnung an positive Quellen entbehrend, läßt ein rationalistisches Gebäude sich nur aus oberen Prinzipien ableiten. Dies gilt denn auch im einzelnen in sehr vielgestaltiger Weise für die ganze naturrechtliche Jurisprudenz von Pufendorf ab. Doch wird die hier zur Erörterung stehende Methode, einen selbständigen allgemeinen Teil dem besonderen vorangehen zu lassen, erst von den späteren Natur-

[1]) So z. B. das Schweizer Zivilgesetzbuch und, wenigstens der äußeren Anlage nach, die ungarischen Entwürfe.

[2]) Des näheren dazu Gierke, Johannes Althusius 41 f.

rechtlern gehandhabt. Noch liegt sie bei Christian Wolf[1]) nicht in der heute gewohnten Gestalt vor, wenn der erste Teil seines Ius naturae (I. Bd. 1711) sich mit der Überschrift „De obligatione et iure hominum universali“[2]) und derjenige seiner Institutiones iuris naturae et gentium (1754) als „De iure naturae in genere et officiis erga seipsum, erga alios et erga Deum“ bezeichnet. Dies ist aber bei seinen Nachfolgern der Fall: z. B. zerfallen die Institutiones iurisprudentiae universalis von Joachim Georg Darjes[3]) (I. Aufl. 1740; VII 1766) in eine pars generalis und eine pars specialis, desgleichen das Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis (I. Aufl. 1749; V. 1785) von Daniel Nettelbladt, diesem einflußreichsten Juristen aus der Wolfschen Schule[4]), in eine iurisprudentia naturalis generalis und eine iurisprudentia naturalis specialis. Die eben Genannten übertragen aber die gleiche Methode auch auf ihre das positive gemeine Recht betreffenden Werke, so z. B. Darjes auf seine Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae (I. Aufl. 1749; II. 1766), während Nettelbladt sich in vielfachen Versuchen um die Schaffung einer selbständigen iurisprudentia positiva generalis bemüht. Als Johann Stephan Pütter in seinem „Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie“ (1767) S. 80f. für die Darstellung des römischen Rechts das Postulat der systematischen Ordnung und der Grundlegung durch einen allgemeinen Teil aufstellt, sind die vorhin genannten Werke schon da. Somit ist der Zusammenhang völlig evident, wenn wir von da ab in den Kompendien und Handbüchern jener, größerenteils längst vergessenen Zivilisten, die Landsberg als die Juristen der Nettelbladtschen und der Pütterschen Schule charakterisiert hat, wie einem festen Element stets auch einem allgemeinen Teil begegnen.

[1]) Über Wolf und seine Methode Landsberg I 198f.

[2]) Das Titelblatt des I. Bandes trägt die Aufschrift: Pars prima, in qua obligationes et jura connata ex ipsa hominis essentia atque natura a priori demonstrantur et totius philosophiae moralis omnisque juris reliqui fundamenta solida jaciuntur.

[3]) Über Darjes s. Landsberg I 284f., Noten 192f.

[4]) Über Nettelbladt vgl. besonders Hugo, Civil. Magazin II 1f.; Landsberg I 288f., Noten 195f.; auch Schloßmann a. a. O. 55f., 69.

Wenn demnach der allgemeine Teil des Privatrechtssystems in methodologischer Hinsicht ganz deutlich auf das Vorbild des Naturrechts zurückgeht, so ist derselbe auch in seiner inneren Gestaltung in erheblichem Maß von diesem beeinflußt. Wohl kann von einer bloßen Übernahme dabei keineswegs die Rede sein; dazu ist doch der Gegenstand ein allzu verschiedener. Der Unterschied ergibt sich mitunter deutlich aus der Gegenüberstellung des naturrechtlichen und gemeinrechtlichen Systems eines und desselben Verfassers, wie z. B. der vorhin genannten zweifachen Institutionen von Darjes:

Institutiones iurisprudentiae universalis (ius naturae) (Ed. V. 1757).

Pars generalis:

1. De actionibus hominum moralibus earumque moralitate.
2. De obligatione morali.
3. De lege, speciatim naturali.
4. De actionum moralium, seu moralitatis quantitate.
5. De imputatione morali.

Institutiones iurisprudentiae privatae Romano-Germanicae (Ed. II. 1766).

Pars generalis:

1. De iurium atque obligationum obiecto.
2. De iurium atque obligationum diversitate.
3. De adquisitione iurium et obligationum generatim.

Dagegen folgt bei Nettelbladt die iurisprudentia positiva generalis (vgl. vorhin S. 589) in seiner Nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem (1772) im wesentlichen dem gleichen Aufbau wie die iurisprudentia naturalis generalis im Systema elementare iurisprudentiae naturalis (vgl. dazu unten S. 591). Die allgemeinen Teile der gemeinrechtlichen Systematiker dieser Zeit zeigen im einzelnen ein sehr vielgestaltiges Bild und so sind auch ihre Beziehungen zur Naturrechtslehre keine gleichförmigen. Wenn die allgemeinen Lehren denjenigen Teil des Rechtssystems bilden, dessen Inhalt und Ausmaß bei jeder Lage des Rechts und der Doktrin weitaus am stärksten von der Subjektivität des Verfassers bedingt ist, so gilt dies für diese frühesten Versuche in besonderem Maße. Bald

sind sie sehr dürftig und dünn, bald schwellen sie zu sehr umfangreichen Bildungen an, in die sehr vielerlei hineingestopft wird, wofür die von der Naturrechtsdogmatik stark beeinflußten Pandekten von Thibaut (I. Aufl. 1803) (vgl. unten S. 594) und Christoph Christian Dabelows System des gesamten heutigen Civilrechts (1796) (vgl. unten S. 593) besonders bezeichnende Beispiele bieten. „Es ist ein jetzt sehr gewöhnlicher Fehler, daß man diesen allgemeinen Teil gar zu reichhaltig machen will", mit diesen Worten beginnt Gustav Hugo den seinigen.[1]) Ein Überblick der wichtigsten Erscheinungen aus der Zeit vor Heise mag unter Hervorhebung der wesentlichen Punkte dies Bild veranschaulichen.[2])

Daniel Nettelbladt, Nova introductio in iurisprudentiam positivam Germanorum communem (1772) (vgl. oben S. 589/90).

Iurisprudentia positiva generalis.

Liber I. Iurisprudentia positiva generalis in specie sic dicta.

- I. De terminis technicis iuridicis generalibus, signis receptis etc., nec non legum allegatione, usu.
- II. De personis, factis (mit Einschluß der Lehre von Vermutungen und Beweis) et rebus iuridicis.
- III. De legibus positivis et actibus iuridicis.
  1. De leg. pos. et act. iur. in se spectatis.
  2. De interpretatione iuridica et applicatione iuris ad factum.
- IV. De obligatione.
  1. De obl. in se spectata.
  2. De obligatione contrahenda, dissolvenda et corroboranda.
- V. De iure.
  1. De iure in se spectato.
  2. De iuris acquisitione, amissione et conservatione.
- VI. De possessione et quasi possessione.
- VII. De remediis iuris.

Liber II. Iurisprudentia positiva generalis socialis (vgl. unten S. 605[1]).

Eberhard Habernikkel, Institutiones iuris Romani (1776) — ein kurzer Grundriß.[3])

Liber I. Principia generalia.

---

[1]) Hugo, Lehrb. eines civilist. Cursus IV (7. Aufl.) 18 (ähnlich auch in früheren Auflagen).

[2]) Da die folgenden Anführungen bloß einige Beispiele bieten wollen, mag es entschuldigt sein, wenn sie den Auflagen entnommen sind, die mir gerade zugänglich waren.

[3]) Über Habernikkel vgl. Landsberg I 358f., Noten 229f.

I. De legibus.

1. De obiecto legis.

a) De personis.
b) De rebus.
c) De factis.

2. De effectu legis.

a) De iuribus et obligationibus.
b) De remediis iuris.

α) De actionibus.
β) De exceptionibus.

3. De interpretatione legis.

4. De adplicatione legis.

II. De primariis legum praeceptis.

Liber II. Ius publicum.
„ III. Ius rerum in rem.
„ IV. Ius rerum in personam.
„ V. Ius personarum.
„ VI. Ius iudiciarium.
„ VII. Ius criminale.

Car. Christ. Hofacker, Institutiones iuris Romani methodo systematica adornatae (1773).

Ius privatum.

A. Pars generalis.

1. Fontes iuris privati.

2. Subsidia literaria.

3. Principia generalia.

A. De legibus in genere, earum interpretatione et adplicatione.

B. De obiectis legum.

1. Persona.

2. Res.

3. Factum.

C. De iuribus et obligationibus.

1. Generalia de iuribus et obligationibus.

2. Speciatim.

B. Pars specialis.

I. De iuribus in rem.
II. De iuribus in personam.
III. De modis ius suum persequendi.
IV. De iure personarum.
V. De iure singulari.

Car. Christ. Hofacker, Principia iuris civilis Romano-Germanici. I—III (1800—1803).[1])

I. Pars generalis (an Umfang und Inhalt sehr eingeschränkt).

1. De iustitia et iure.
2. Historia iuris Romano-Germanici.
3. Principia iuris generalia.
   a) De speciebus iuris civilis.
   b) De interpretatione iuris.
   c) De obiectis iuris.
   d) De negotiis iuridicis.

II. Pars specialis.

A. Ius privatum.

I. Ius personarum.

II. Ius rerum.

A. Generalia de iure rerum.

1. Rerum divisio.
2. Id quod singulorum est circa res.
   a) Possessio.
   b) Ius circa res — wobei unter remedia iuris rerum auch der Rechtsschutz behandelt wird (vgl. unten S. 599).

B. Ius in re.

C. Ius ad rem.

III. Modus procedendi in iudicio.

B. Ius publicum et municipale.

Christoph Christ. Dabelow, System des gesammten heutigen Civil-Rechts. II. umgearb. Ausg. (1796).[2])

A. Allgemeiner Theil.

I. Von Personen und Sachen überhaupt.
II. Von Handlungen.
III. Von der Zeit, deren Eintheilung und Berechnung.
IV. Von rechtlichen Geschäften.
V. Vom Eide.
VI. Von der rechtlichen Wahrheit, Glaubwürdigkeit, Wahrscheinlichkeit und den rechtlichen Vermuthungen.

---

[1]) Zum Verhältnis dieses Werkes, wie auch der Elementa iuris civilis (1785) desselben Verfassers zu dem im Text vorher genannten s. Landsberg I 359 f., Noten 230 f.

[2]) Über Dabelow vgl. Landsberg I 441, Noten 283.



VII. Vom Rechte und von der Verbindlichkeit.
1. Von Rechten und Verbindlichkeiten überhaupt und den verschiedenen Eintheilungen derselben.
2. Von der Entstehung und Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten.

VIII. Von Cautionen.
IX. Vom Besitze.
X. Von der Verjährung.
XI. Von Rechtsmitteln.
XII. Vom Schaden und Schadensersatze überhaupt.
XIII. Von Rechten und Pflichten, welche aus der Verwaltung fremder Sachen entspringen.
XIV. Von Rechtssachen und deren gerichtlicher Verhandlung.
XV. Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

B. Besonderer Theil.

XVI. Von dinglichen Rechten.
XVII. Von persönlichen Rechten.
XVIII. Von den Rechten der Personen und Sachen.
1. Von den Rechten einzelner Personen.
2. Von den Rechten moralischer Personen.

XIX. Vom Schuldenwesen und dem Concurse der Gläubiger.

Lud. God. Madihn, Principia iuris Romani. Ed. III (1803).[1])

I. Praecognita.
II. Theoria generalis.
1. De iuribus et obligationibus eorumque subiecto et obiecto.
2. De possessione eiusque iuribus.
3. De adquisitione amissione conservatione recuperatione iurium atque obligationum (mit der Lehre der restitutio in integrum).
4. De mediis ius suum persequendi.

III. Theoria specialis iuris in personam.
IV. Theoria specialis iurium realium.

Anton Fr. J. Thibaut, System des Pandektenrechts. I. Aufl. (1803), mit erheblichen Veränderungen in den späteren Auflagen.

Allgemeiner Theil.

I. Über Gesetze und Rechtswissenschaften an sich.
II. Über den Zweck der Gesetze (Auslegungslehre).
III. Über das Product der Gesetze.
1. Über Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.
a) Über Rechte.
b) Über Verbindlichkeiten.

---

[1]) Über Madihn vgl. Landsberg I 440f. und Noten 282.

c) Verhältnis der Rechte und Verbindlichkeiten.
d) Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.

2. Über den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.
   a) Über Entstehung derselben (mit Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre).
   b) Über das Aufhören derselben.
3. Über das Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten.
4. Über das Objekt der Rechte und Verbindlichkeiten, nämlich Handlungen (mit Einschluß der Lehre von den Sachen).
5. Über den Besitz der Rechte.

Christ. Gottl. Haubold, Doctrinae Pandectarum monogrammata (1801). — Grundriß.

Pars generalis.

I. De personis.
   1. De personis veris.
   2. De personis fictis.

II. De rebus.

III. De factis (1. Negotia. 2. Possessio. 3. Praescriptio. 4. Damnum.) Darauf als erstes Buch der pars specialis: ius personarum (bloß Familienrecht enthaltend).

G. Hugo, Lehrbuch der Pandecten oder des heutigen röm. Rechts (im folgenden nach 3. Aufl. 1805; vgl. oben S. 581[3]).

Allgemeine Begriffe.

I. Arten von Personen.
   a) Physische Personen.
   b) Juristische Personen.

II. Arten von Sachen.
   a) Physische Sachen.
   b) Juristische Sachen.

III. Arten von Handlungen.
   a) Physische Handlungen (Besitzlehre).
   b) Juristische Handlungen.

Heises Grundriß steht zeitlich am Ende dieser Reihe rasch nacheinander und mehr oder weniger in gegenseitiger Abhängigkeit entstandenen Werke. Seine allgemeinen Lehren erscheinen in sieben Kapitel geteilt: 1. Von den Quellen des Rechts; 2. von den Rechten; 3. von Verfolgung und Schützung der Rechte; 4. von den Personen; 5. von den

Sachen; 6. von den Handlungen; 7. Raum- und Zeitverhältnisse, wobei die Lehren vom Domicilium, von der Gegenwart und Abwesenheit und schließlich die vom Besitze behandelt werden. Auch diese Anlage ist für die weitere Entwicklung der Dogmatik in wesentlichen Beziehungen bestimmend geworden. In wie enger Verwandtschaft sie zur Arbeit von Heises Vorgängern steht, ergibt ein Vergleich mit den vorstehenden Inhaltsangaben auf den ersten Blick. Es ist nun eine für die Geschichte unseres Privatrechts überaus wichtige Frage, wo diese allgemeinen Lehren im einzelnen ihren Ursprung haben und auf welche Weise ihre Entwicklung vor sich ging. Dem nachzugehen ist nur im Rahmen eingehender dogmengeschichtlicher Untersuchungen möglich. Hier müssen wenige, allein die systematische Anordnung betreffende Worte genügen.

Auch in der Systematik des allgemeinen Teils lassen romanistische und naturrechtliche Einflüsse sich scheiden, wobei gerade hier zufolge der vorher geschilderten Entwicklung die letzteren entschieden im Übergewicht sind. Dies gilt jedoch nicht bezüglich der ersten, bis auf den heutigen Tag stets an erster Stelle erörterten Lehre, gleichviel ob sie im allgemeinen Teil selbst oder — wie es in Wissenschaft und Gesetzgebung vorher und nachher oftmals geschah — in einer besonderen Einleitung behandelt worden ist: der Lehre vom objektiven Recht.[1]) Es ist ein natürlicher Ausgangspunkt, damit anzufangen, was Recht ist, und derselbe hat das Vorbild der Institutionen und Digesten für sich, dem die überwiegende Zahl aller neuzeitlichen Bearbeiter folgte; die Lehre selbst tritt uns bereits im ersten Buch der Commentarii des Donellus in sehr gereifter Gestalt entgegen. Demgegenüber pflegten die Naturrechtssyteme nicht von dieser Lehre auszugehen, aus dem sehr einleuchtenden Grunde, daß in ihnen das ganze Gebäude nicht auf positiven Rechtsquellen ruht und die meisten hierher gehörigen Fragen demnach inaktuell sind. Auch die das

---

[1]) Über ihr inneres und geschichtliches Verhältnis zu den allgemeinen Lehren des Privatrechts s. Zitelmann, Z. f. priv. u. öff. Recht 33, 2f.



Wesen des Naturrechts betreffenden Fragen erscheinen dabei vielfach nicht an erster Stelle und mitunter nur in sehr kursorischer Darlegung.[1])

Römischer Systematik entspricht der von den Personen handelnde Teil; ihr folgend beginnen mit diesem auch alle jene neueren Gesetzbücher, die keinen allgemeinen Teil aufweisen. In den meisten vorhin angeführten Dispositionen begegnet derselbe im Rahmen der nicht von allen auf gleiche Weise durchgeführten Dreiteilung: personae, res, facta. Dadurch ist das Personenrecht vor und nach Heise in der gesamten Pandektenlehre wie im BGB. ein ständiges Element des allgemeinen Teils geworden. Dem Entwurf des B.G.B. gegenüber war allerdings daneben die Ausgestaltung eines besonderen personenrechtlichen Teiles angeregt worden.[2]) Eine derartige Methode wurde von einigen oben S. 591 f. genannten älteren Systemen befolgt, mit dem unbestreitbaren Vorzug, auf solche Weise den allgemeinen Teil von sehr vielerlei Besonderem zu entlasten (vgl. auch unten S. 606).[3])

Auf dem Einfluß naturrechtlicher Systematik beruht der allgemeine Teil vor allem in denjenigen Lehren, die auch ihrem Bestande nach in weitgehendem Maße der Naturrechtsjurisprudenz ihr Dasein verdanken: in der Lehre des subjektiven Rechts und der Rechtsgeschäfte.[4]) Ihre systematische Anordnung ist nicht in allen angeführten Werken die gleiche. Heise geht von den Rechten aus, und auch hierin folgt ihm die Privatrechtssystematik bis auf den heutigen Tag. Die früheren Systeme hatten zum Teil die Lehre von Personen, Sachen, Handlungen zunächst be-

---

[1]) Wir begegnen da sehr verschiedenen Methoden: Pufendorf geht (im Gegensatz zu Grotius) überhaupt nicht vom Problem des objektiven Naturrechts aus, Thomasius hingegen behandelt dasselbe im ersten Buch seiner Institutiones iurisprudentiae divinae in einer den romanistischen Darstellungen entsprechenden Weise, während Wolf darüber seinem großen Werke nur kurze iuris naturae prolegomena vorausschickt.

[2]) Gierke, Entwurf 83 f.

[3]) Vgl. auch Zitelmann, Z. f. priv. u. öff. Recht 33, 12 f., 24.

[4]) Zur letzteren s. die dogmengeschichtlichen Ausführungen von Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft 48 f.

Sachen; 6. von den Handlungen; 7. Raum- und Zeitverhältnisse, wobei die Lehren vom Domicilium, von der Gegenwart und Abwesenheit und schließlich die vom Besitze behandelt werden. Auch diese Anlage ist für die weitere Entwicklung der Dogmatik in wesentlichen Beziehungen bestimmend geworden. In wie enger Verwandtschaft sie zur Arbeit von Heises Vorgängern steht, ergibt ein Vergleich mit den vorstehenden Inhaltsangaben auf den ersten Blick. Es ist nun eine für die Geschichte unseres Privatrechts überaus wichtige Frage, wo diese allgemeinen Lehren im einzelnen ihren Ursprung haben und auf welche Weise ihre Entwicklung vor sich ging. Dem nachzugehen ist nur im Rahmen eingehender dogmengeschichtlicher Untersuchungen möglich. Hier müssen wenige, allein die systematische Anordnung betreffende Worte genügen.

Auch in der Systematik des allgemeinen Teils lassen romanistische und naturrechtliche Einflüsse sich scheiden, wobei gerade hier zufolge der vorher geschilderten Entwicklung die letzteren entschieden im Übergewicht sind. Dies gilt jedoch nicht bezüglich der ersten, bis auf den heutigen Tag stets an erster Stelle erörterten Lehre, gleichviel ob sie im allgemeinen Teil selbst oder — wie es in Wissenschaft und Gesetzgebung vorher und nachher oftmals geschah — in einer besonderen Einleitung behandelt worden ist: der Lehre vom objektiven Recht.[1]) Es ist ein natürlicher Ausgangspunkt, damit anzufangen, was Recht ist, und derselbe hat das Vorbild der Institutionen und Digesten für sich, dem die überwiegende Zahl aller neuzeitlichen Bearbeiter folgte; die Lehre selbst tritt uns bereits im ersten Buch der Commentarii des Donellus in sehr gereifter Gestalt entgegen. Demgegenüber pflegten die Naturrechtssyteme nicht von dieser Lehre auszugehen, aus dem sehr einleuchtenden Grunde, daß in ihnen das ganze Gebäude nicht auf positiven Rechtsquellen ruht und die meisten hierher gehörigen Fragen demnach inaktuell sind. Auch die das

[1]) Über ihr inneres und geschichtliches Verhältnis zu den allgemeinen Lehren des Privatrechts s. Zitelmann, Z. f. priv. u. öff. Recht 33, 2f.



Wesen des Naturrechts betreffenden Fragen erscheinen dabei vielfach nicht an erster Stelle und mitunter nur in sehr kursorischer Darlegung.[1])

Römischer Systematik entspricht der von den Personen handelnde Teil; ihr folgend beginnen mit diesem auch alle jene neueren Gesetzbücher, die keinen allgemeinen Teil aufweisen. In den meisten vorhin angeführten Dispositionen begegnet derselbe im Rahmen der nicht von allen auf gleiche Weise durchgeführten Dreiteilung: personae, res, facta. Dadurch ist das Personenrecht vor und nach Heise in der gesamten Pandektenlehre wie im BGB. ein ständiges Element des allgemeinen Teils geworden. Dem Entwurf des B.G.B. gegenüber war allerdings daneben die Ausgestaltung eines besonderen personenrechtlichen Teiles angeregt worden.[2]) Eine derartige Methode wurde von einigen oben S. 591f. genannten älteren Systemen befolgt, mit dem unbestreitbaren Vorzug, auf solche Weise den allgemeinen Teil von sehr vielerlei Besonderem zu entlasten (vgl. auch unten S. 606).[3])

Auf dem Einfluß naturrechtlicher Systematik beruht der allgemeine Teil vor allem in denjenigen Lehren, die auch ihrem Bestande nach in weitgehendem Maße der Naturrechtsjurisprudenz ihr Dasein verdanken: in der Lehre des subjektiven Rechts und der Rechtsgeschäfte.[4]) Ihre systematische Anordnung ist nicht in allen angeführten Werken die gleiche. Heise geht von den Rechten aus, und auch hierin folgt ihm die Privatrechtssystematik bis auf den heutigen Tag. Die früheren Systeme hatten zum Teil die Lehre von Personen, Sachen, Handlungen zunächst be-

---

[1]) Wir begegnen da sehr verschiedenen Methoden: Pufendorf geht (im Gegensatz zu Grotius) überhaupt nicht vom Problem des objektiven Naturrechts aus, Thomasius hingegen behandelt dasselbe im ersten Buch seiner Institutiones iurisprudentiae divinae in einer den romanistischen Darstellungen entsprechenden Weise, während Wolf darüber seinem großen Werke nur kurze iuris naturae prolegomena vorausschickt.

[2]) Gierke, Entwurf 83f.

[3]) Vgl. auch Zitelmann, Z. f. priv. u. öff. Recht 33, 12f., 24.

[4]) Zur letzteren s. die dogmengeschichtlichen Ausführungen von Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft 48f.

handelt und die Lehre vom subjektiven Recht fast durchwegs mit der allgemeinen Theorie der Obligation verknüpft (vgl. dazu auch unten S. 602). Doch ist auch die bis auf den heutigen Tag herrschende Anordnung, die Rechtsgeschäftslehre unter den bei Heise zurücktretenden Gesichtspunkt des Erwerbs und Verlustes der Rechte zu stellen, in einigen früheren Systemen schon da. Die einzelnen Teile der Rechtsgeschäftslehre hatten in der römischen und neuzeitlichen Jurisprudenz ihre Ausbildung vorwiegend an den obligatorischen Kontrakten erfahren. In Anknüpfung an diese werden sie auch noch bei den älteren Naturrechtsjuristen behandelt: die von diesen dabei gehandhabte Systematik ist für die spätere Naturrechts- und Pandektenlehre bestimmend geworden.[1])

In sehr anschaulicher Weise zeigt sich der systembildende Einfluß vorwiegend der Nettelbladtschen Richtung bei jenen Partien des allgemeinen Teils, die in diesen aus einer anderen Einstellung der früheren romanistischen Lehre übernommen worden sind. Dies gilt zunächst von den Vorschriften über Sachen. Dem Vorbild der römischen Quellen gemäß wurde diese Lehre von der großen Mehrzahl aller Systeme des 16.—18. Jahrhunderts an der Spitze des Sachenrechts behandelt; diesem Verfahren wurde nicht nur von späteren Pandektisten des 19. Jahrhunderts und dem I. Entw. des BGB., sondern wird auch heute noch der festliegenden Legalordnung gegenüber von sehr angesehener Seite der Vorzug gegeben.[2]) Die Anordnung von Hugo und Heise folgt hingegen allen vorangehenden Pandektensystemen ihrer Zeit und geht deutlich auf die späteren Naturrechtler zurück: Darjes und Nettelbladt hatten schon, wie wir sahen (S. 590, 591), die Lehre in den allgemeinen Teil gezogen, und hierdurch wurde auch die dies-

[1]) Dies ergibt ein Blick auf den Gedankengang bei H. Grotius, De jure belli ac pacis II. c. 11f. und bei Pufendorf III. c. 6—9: an letzterer Stelle z. B. werden die Lehren über Geschäftsfähigkeit, die sog. Willensmängel, Vertragsschluß, Unwirksamkeit, Geschäftsinhalt, Bedingung und Zeitbestimmung, Stellvertretung in der uns gewohnten Anordnung dargestellt. Vgl. die Bemerkung von Gierke, Joh. Althusius 42 [16] i. f.

[2]) v. Tuhr, Allg. Teil I S. XIV; cf. Zitelmann a. a. O. 13f., 25.

bezügliche Systematik des preußischen Landrechts beeinflußt (I. Teil, 2. Tit.). Hierbei war der allgemeine Gesichtspunkt des Rechtsobjektes entscheidend.[1]) — Hier ist weiterhin die allgemeine Lehre des Rechtsschutzes zu nennen, die nach der Institutionensystematik im ius quod ad actiones pertinet ihre Stelle hatte. Als Heise dieselbe mit Einschluß der Verjährungslehre neben die Lehre von den Rechten gestellt und dann auf Savignys Anregung noch besonders ausgebaut hat (Vorrede zur III. Ausg. S. VII), folgte er nur der Methode, die von Nettelbladt und den meisten Vorgängern in der Systematik, wenngleich in sehr verschiedenem Umfang, gehandhabt worden war. — Ganz Ähnliches gilt betreffs der Besitzlehre, deren systematische Einstellung stets besondere Schwierigkeiten bereitete. Die älteren romanistischen Systeme hatten sie mit mancherlei Schwankungen im Sachenrecht untergebracht, bald vor, bald in, bald hinter der Eigentumslehre.[2]) Hugo und Heise stellten sie — allerdings nicht unter gleichem Gesichtspunkt — in den allgemeinen Teil und folgten auch hierin dem bei Nettelbladt wie auch allen übrigen Systematikern ihrer Zeit vorgefundenen Beispiel.

Wir haben nach diesen Bemerkungen uns der Gliederung der besonderen Teile zuzuwenden. In betreff derselben sind wir (S. 580f.) von dem Gesichtspunkt ausgegangen, daß die Einteilung der beiden Paare — Sachenrecht und Schuldrecht, Familien- und Erbrecht — auf verschiedenen Prinzipien beruht. Bezüglich ihrer ist hier der historischen Wurzel nachzugehen.

Die Auseinanderhaltung von Sachenrecht und Schuldrecht beruht auf grundlegenden römischen Gedanken und geht auf die Institutionenordnung zurück. Sie blieb maßgebend für das romanistisch orientierte Denken und liegt den meisten Systemen des 16. Jahrhunderts, wie auch jenen des usus modernus zugrunde, so mannigfaltig dabei nähere Formulierung und Ausgestaltung des Gegensatzes auch ge-

---

[1]) Dieselbe systematische Stellung hat die Lehre bei Domat, wo ein Sachenrecht freilich fehlt (s. unten S. 600).

[2]) Einiges über die ältere systematische Stellung bei Savigny Besitz 7. Aufl. 51 f.

wesen sein mögen.[1]) Die Unterscheidung ist aber keine selbstverständliche. Griechen, Germanen kennen sie in dieser Ausprägung nicht und selbst in einigen frühesten romanistischen, vor allem aber den naturrechtlichen wie auch den gleichzeitigen französischen Systemen verblassen die Grenzen. Dabei erlangt bald die eine, bald die andere Seite das systematische Übergewicht. Domat teilt sein System (vgl. oben S. 583) bloß in zwei große Gebiete: engagements und successions; hier geht das Sachenrecht völlig im Obligationenrecht auf. Das oben S. 585 Anm. 2 genannte System von Bourjon zeigt das umgekehrte Bild. Auch die deutsche Naturrechtslehre zeigt mancherlei Schwankungen, doch auch die überwiegende Neigung, das Eigentum zur Achse des gesamten Vermögensrechts zu machen[2]); auch in den Gesetzgebungen Preußens und Frankreichs erscheint dieses vorwiegend nach dem Gesichtspunkt des Eigentumserwerbs orientiert.[3]) Selbst im System einiger gemeinrechtlicher Werke der Zeit verwischen sich bisweilen die scharfen Konturen: z. B. gehen im Ius privatum Romano-Germanicum des Gottlieb Gerhard Titius (1709) — unverkennbar unter

[1]) Bei Donellus beruht die Einteilung des Privatrechts auf der Unterscheidung des proprie nostrum und dessen, quod nobis debetur. Zum Ursprung der auf der Unterscheidung von iura in re und iura ad rem beruhenden Systematik vgl. Stintzing I 294 f. In den im vorstehenden genauer angeführten Systemen erscheinen noch mehrfach Schuldrecht und Sachenrecht als die beiden Teile des ius rerum und werden dabei als iura in rem und iura in personam, iura realia und iura personalia, als dingliche und persönliche Rechte (österr. A.B.G.B: persönliche Sachenrechte) und anders auseinandergehalten.

[2]) Dies ist besonders deutlich im System Chr. Wolfs; der zweite große Teil seiner Institutionen, in welchem das ganze Vermögensrecht zur Darstellung gelangt, trägt den Titel „de dominio et juribus atque obligationibus inde nascentibus" (vgl. unten S. 604). Dagegen steht im Pufendorfschen System mehr das obligatorische Moment im Vordergrund: vom Begriff der Pflicht ausgehend, enthält Buch III eine Art allgemeiner Theorie der Obligation, darauf erst folgt im Laufe von Buch IV die Lehre vom Eigentum, in Buch V die der einzelnen obligatorischen Verträge.

[3]) Bezüglich des preußischen Landrechts vgl. hierzu Landsberg I 465 (mit dem Hinweis auf L. Fenderlin), 473. Hinsichtlich des Code civil vgl. oben S. 585 Anm. 2.

dem Einfluß naturrechtlicher Systematik — schuld- und sachenrechtliche Themen vielfach ineinander über. Bei den späteren Naturrechtlern — wie Darjes, Nettelbladt — wird der Gegensatz wieder stärker betont, vollends bei den Pandektenjuristen, die Heise vorangehen. So ist denn in dieser grundlegenden Beziehung ein zeitweilig verblaßtes Prinzip römischen Ursprungs wieder aufs schärfste zur Geltung gelangt. Dabei entspricht der Institutionenordnung auch die von der gesamten Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts durchwegs festgehaltene Anordnung, das Sachenrecht vor dem Obligationenrecht zu behandeln. Die umgekehrte Reihenfolge des BGB. könnte sich aber auf manche Vorläufer früherer Zeiten berufen: so erscheint z. B. — um das römische Sabinussystem[1]) nicht als solchen zu nennen — in der Iurisprudentia Romana des Hermann Vultejus oder in späterer Zeit in den Institutionen des Darjes (oben S. 589f.) das schuldrechtliche Gebiet vor dem Sachenrecht behandelt.

Sich über Einzelheiten näher zu verbreiten, ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich, für das diesmalige Ziel auch leicht entbehrlich. Das Sachenrecht zeigt ein ziemlich konstantes Gefüge: die Auseinanderhaltung des Eigentums und der Rechte an fremden Sachen entspricht hergebrachter gemeinrechtlicher, auch naturrechtlicher Gewohnheit, wobei allerdings die Zahl und Gruppierung der iura in re vielfach eine schwankende war.[2]) — Die Heisesche Einteilung der Eigentumserwerbsgründe (durch zweiseitiges Rechtsgeschäft, einseitige Handlung und zufällige Umstände) hat nicht viel Nachahmung gefunden. Der natur-

---

[1]) Vgl. in dieser Beziehung Lenel, Sabinussystem 93.

[2]) Zur Postglosse einiges bei Savigny, Besitz (VII. Aufl.) 52. Donellus unterscheidet (Comm. IX 13. 2) fünf Rechte an fremder Sache: emphyteusis, superficies, bonae fidei possessio, Pfandrecht, Servituten (vgl. auch Pufendorf, De iure nat. et gent. IV 8. 2). Die einheitliche byzantinische Kategorie der Servituten wurde von der gesamten gemeinrechtlichen Jurisprudenz durchwegs festgehalten: abweichend mit völlig zutreffender Kritik E. Gans, System des röm. Zivilrechts (1827) 220f., wie auch der Code civil und mehrfach die diesem vorangehende französische Jurisprudenz.

rechtlichen Jurisprudenz ist seit Hugo Grotius die Einteilung in originäre und derivative Erwerbsarten am meisten vertraut gewesen und diese Systematik war inmitten sehr auseinandergehender Gruppenbildungen[1]) auch in der späteren Pandektenlehre die gebräuchlichste. — Der allgemeine Teil des Schuldrechts hat seine Vorläufer in der mannigfaltigen Behandlung allgemeiner schuldrechtlicher Lehren in der ganzen neuzeitlichen Jurisprudenz, in der dieselben ihre allmähliche synthetische Ausbildung erfuhren. In der späteren Naturrechtslehre, bei Nettelbladt und seinen im obigen genannten Schülern, wie auch bei Thibaut haben diese Probleme infolge ständiger Verknüpfung der die Berechtigung und die Verpflichtung betreffenden Lehren im allgemeinen Teil des gesamten Systems ihre Stelle gefunden (vgl. oben S. 598). Doch finden sich daneben Ansätze besonderer schuldrechtlicher allgemeiner Teile bereits in einigen Heise vorangehenden Systemen (z. B. bei Hofacker und Hugo), wie denn das von Heise dem Sachenrecht vorangeschickte einleitende Kapitel „Von den dinglichen Rechten überhaupt" — wiewohl von ihm selbst S. 38 [1] als „nicht gewöhnlich" besonders gerechtfertigt — ebenfalls nicht ohne Vorbild war.[2]) — Eines der schwierigsten Probleme der privatrechtlichen Systematik ist die der einzelnen Schuldverhältnisse. Heises Grundriß, in dem die Einteilung nach dem Inhalt der Obligation erfolgt (dazu die Vorrede S. X f.), ist wohl in diesem Punkt dem geringsten Anklang begegnet, doch mußte nach sehr verschiedenen anderen Einteilungen früherer und späterer Zeit schließlich auch das BGB. hier auf eine strenge Systematik verzichten.

Wir eilen zu dem für diese Darlegung bezeichnendsten Punkt, an dem das merkwürdig uneinheitliche Gepräge unseres Systems m. E. seine Erklärung zu finden vermag.

---

[1]) Literatur bei Windscheid, Pand. I § 170 [1].

[2]) So z. B. in Habernikkels Institutionen (s. oben S. 591) mit ganz ähnlichen Problemstellungen. Eine besondere Erscheinung ist der in Hofackers Principia (s. oben S. 593) neben der ersten pars generalis dem ius rerum (Sachenrecht und Schuldrecht) noch besonders beigegebene umfassende allgemeine Teil, worauf dann das ius ad rem wiederum mit einer pars generalis beginnt.

Das Familienrecht tritt in den römischen Institutionen im Rahmen des Personenrechts in Erscheinung. Diese Art der Betrachtung, wie auch ihre weitere Gliederung, blieb für die neuzeitliche Systematik in weitgehendem Maße bestimmend[1]); ihr folgte auch das französische wie das österreichische Gesetzbuch. Im modernen Pandektensystem hingegen erscheint das Familienrecht vom Personenrecht losgelöst und unter Aufgabe des zunächst befolgten Einteilungsprinzips hinter das Schuldrecht gestellt. Diese Anordnung läßt sich nun, wie mir scheint, wieder deutlich auf den Einfluß der naturrechtlichen Literatur zurückführen. Es wurde schon oben erwähnt (S. 585), daß die Naturrechtssysteme von Pufendorf ab einem durchgehenden Prinzip der Anordnung folgen: vom Recht der Einzelpersonen zu dem immer größerer Gesamtheiten aufzusteigen. Dabei steht die Familie zwischen Individuum und Staat, und auf solche Weise hat das Familienrecht in den einflußreichsten dieser Systeme nach dem Vermögensrecht seine Stellung gefunden. Dies sei durch Anführung der wichtigsten Werke belegt. Samuel Pufendorf handelt im Ius naturae et gentium (1672) nach den Pflichten des Menschen gegen sich selbst von jenen gegen andere (III 1. 1) und dabei in den Büchern III.—V. vom Vermögensrecht (zur Anordnung s. oben S. 600 Anm. 2), worauf Buch VI. in drei Kapiteln 1. de matrimonio, 2. de potestate patria, 3. de potestate herili spricht[2]); darauf folgen in Buch VII.

---

[1]) Freilich nicht ausnahmslos. Beispielsweise taucht in der Systemgeschichte unabhängig voneinander mehrmals die Tendenz auf, die Familienrechte als Herrschaftsrechte anzusehen und mit dem Sachenrecht zu verknüpfen: Joh. Althusius behandelt sie im Titel „de dominio et possessione et horum annexis" (Dicaeologica I 2), auch Hugo Grotius (De iure belli et pacis II 5) unter dem allgemeinen Gesichtspunkt originärer Erwerbsgründe. Diese Anschauung schimmert auch bei Heise in der Vorstellung von iura potestatis und dinglich-persönlichen Rechten durch (vgl. unten S. 609). Im einzelnen hat besonders die Stellung des Eherechts geschwankt: z. B. trennen es Franciscus Connanus und Donellus vom übrigen Familienrecht; der letztere behandelt es in dem Obligationenrecht neben der Sozietät, der erstere nach dem Schuldrecht an der in unseren heutigen Systemen gewohnten Stelle.

[2]) Den Übergang veranschaulichen die Anfangsworte von Buch VI: sequitur, ut investigemus tum originem et naturam imperii humani — — —

bis VIII. Staats- und Völkerrecht. Das auf das Vermögensrecht folgende selbständige Familienrecht steht da bereits fertig vor uns. Christian Thomasius folgt in seinen Institutiones jurisprudentiae divinae (1687) ganz gleicher Anordnung; Buch III. beginnt — nachdem das frühere die Pflichten der Einzelmenschen behandelt und das Vermögensrecht erledigt hatte — mit dem allgemeinen Recht der Gesellschaft (III 1), darauf folgen Eherecht (III 2—3)[1]), Elternrecht (III 4), Sklavenrecht (III 5), schließlich das Staats- und Völkerrecht (III 6f.). Plastisch zeigen den gleichen Aufbau die Institutiones iuris naturae et gentium des Christian Wolf (1754)[2]):

Pars I. De iure naturae in genere et officiis erga seipsum, erga alios et erga Deum.

Pars II. De dominio et obligationibus atque juribus inde nascentibus (dazu oben S. 600 Anm. 2).

Pars III. De imperio et obligationibus atque juribus inde nascentibus.

Sectio I. De imperio privato.

1. De imperio et societate in genere.
2. De matrimonio seu societate coniugali.
3. De cognationibus et affinitatibus.
4. De societate paterna et potestate patria.
5. De jure haereditario seu testamentis et successione ab intestato.
6. De servitute et societate herili.
7. De domo.

Sectio II. De imperio publico seu jure civitatis.

Pars IV. De jure gentium.

Ebenso folgen im besonderen Teil des Darjesschen Naturrechts (vgl. oben S. 589f.) auf die iurisprudentia sim-

---

priusquam de imperio civili agamus, dispiciendum fuerit de matrimonio, ex quo familiae proveniunt et unde imperiis et civitatibus velut materies oritur.

[1]) Die Disposition ergibt sich aus III 1 § 1: Consideravimus hactenus officium hominum quorumvis in quacunque societate viventium, jam pergendum ad praecepta dirigentia societates singulas. III 2 § 1: Incipiemus autem a simplicibus societatibus, quoniam ex his componitur civitas.

[2]) Dem Aufbau seines großen Ius naturae entsprechend.

pliciter talis, welche die menschlichen Pflichten quatenus extra societatem considerantur behandelt (Sectio II), in der sectio III. die elementa iuris socialis, wobei allgemeines Gesellschaftsrecht, Eherecht, Elternrecht usf., schließlich in sectio IV. noch ein besonderes ius familiae mit Einschluß des Erbrechts folgen.[1])

So hatte sich denn ein ganzes Jahrhundert gewöhnt, das Recht der Familie im naturrechtlichen Rahmen an einer neuen Stelle zu sehen. Der dabei zugrundeliegende Gedanke ist auch für die Anordnung des preußischen A.L.R. bestimmend geworden: dessen erster Teil enthält nach „allgemeinen Wahrheiten" das Vermögensrecht, der zweite beginnt mit dem Familienrecht und geht dann auf das Recht der bürgerlichen Gesellschaft und schließlich das des Staates über.[2]) Da ist es sehr begreiflich, daß diese so sehr vertraut gewordene naturrechtliche Systematik auch auf die systematisierenden Bestrebungen des gemeinen Rechts nicht ohne Einfluß geblieben ist. Als Hugo und Heise das verselbständigte Familienrecht dem Obligationenrecht nachfolgen ließen, konnte dies gar nicht mehr als etwas besonders Neues erscheinen. Schon zu Beginn des 18. Jahrhunderts hatten Juristen aus des Thomasius Schule — G. G. Titius in seinen Iuris privati Romano Germanici libri XII (1709), J. P. Kreß in seinem Specimen jurisprudentiae privatae (1709)[3]) — das Gleiche getan. Und den

[1]) Einer ähnlichen Systematik folgt auch Nettelbladt, indem er das Gebiet der iurisprudentia generalis stricte sic dicta und das der iurisprudentia socialis (Recht der Gesellschaften) unterscheidet: dabei gehört die Familie in dies zweite Gebiet (Nova introd. in iurisprudentiam positivam §§ 1186 und 1191) (vgl. auch unten S. 608 Anm. 4 zu Hufeland). Auf solche Weise gerät das Familienrecht auch hier hinter das Vermögensrecht. In Nettelbladts Systema elementare erscheint das Familienrecht ebenfalls erst nach dem Vermögensrecht, jedoch unter dem Titel „ius personarum" (§ 651f.). Diese letztere Systematik ist für Nettelbladts Nachfolger vielfach maßgebend geworden (vgl. unten S. 606).

[2]) Vgl. dazu Dernburg, Bürgerliches Recht I 42f.; Landsberg I 473; eingehende Darlegung des Systems bei Heydemann, Einl. in das System des preußischen Civilrechts (II. Aufl.) I 35f.

[3]) Landsberg I 140, 144; gewisse Ansätze dazu auch bei dem zum selben Kreise gehörigen Georg Beyer, Delineatio iuris Germanici (1729).

bis VIII. Staats- und Völkerrecht. Das auf das Vermögensrecht folgende selbständige Familienrecht steht da bereits fertig vor uns. Christian Thomasius folgt in seinen Institutiones jurisprudentiae divinae (1687) ganz gleicher Anordnung; Buch III. beginnt — nachdem das frühere die Pflichten der Einzelmenschen behandelt und das Vermögensrecht erledigt hatte — mit dem allgemeinen Recht der Gesellschaft (III 1), darauf folgen Eherecht (III 2—3)[1]), Elternrecht (III 4), Sklavenrecht (III 5), schließlich das Staats- und Völkerrecht (III 6f.). Plastisch zeigen den gleichen Aufbau die Institutiones iuris naturae et gentium des Christian Wolf (1754)[2]):

Pars I. De iure naturae in genere et officiis erga seipsum, erga alios et erga Deum.

Pars II. De dominio et obligationibus atque juribus inde nascentibus (dazu oben S. 600 Anm. 2).

Pars III. De imperio et obligationibus atque juribus inde nascentibus.

Sectio I. De imperio privato.

1. De imperio et societate in genere.
2. De matrimonio seu societate coniugali.
3. De cognationibus et affinitatibus.
4. De societate paterna et potestate patria.
5. De jure haereditario seu testamentis et successione ab intestato.
6. De servitute et societate herili.
7. De domo.

Sectio II. De imperio publico seu jure civitatis.

Pars IV. De jure gentium.

Ebenso folgen im besonderen Teil des Darjesschen Naturrechts (vgl. oben S. 589f.) auf die iurisprudentia sim-

---

priusquam de imperio civili agamus, dispiciendum fuerit de matrimonio, ex quo familiae proveniunt et unde imperiis et civitatibus velut materies oritur.

[1]) Die Disposition ergibt sich aus III 1 § 1: Consideravimus hactenus officium hominum quorumvis in quacunque societate viventium, jam pergendum ad praecepta dirigentia societates singulas. III 2 § 1: Incipiemus autem a simplicibus societatibus, quoniam ex his componitur civitas.

[2]) Dem Aufbau seines großen Ius naturae entsprechend.

pliciter talis, welche die menschlichen Pflichten quatenus extra societatem considerantur behandelt (Sectio II), in der sectio III. die elementa iuris socialis, wobei allgemeines Gesellschaftsrecht, Eherecht, Elternrecht usf., schließlich in sectio IV. noch ein besonderes ius familiae mit Einschluß des Erbrechts folgen.[1])

So hatte sich denn ein ganzes Jahrhundert gewöhnt, das Recht der Familie im naturrechtlichen Rahmen an einer neuen Stelle zu sehen. Der dabei zugrundeliegende Gedanke ist auch für die Anordnung des preußischen A.L.R. bestimmend geworden: dessen erster Teil enthält nach „allgemeinen Wahrheiten" das Vermögensrecht, der zweite beginnt mit dem Familienrecht und geht dann auf das Recht der bürgerlichen Gesellschaft und schließlich das des Staates über.[2]) Da ist es sehr begreiflich, daß diese so sehr vertraut gewordene naturrechtliche Systematik auch auf die systematisierenden Bestrebungen des gemeinen Rechts nicht ohne Einfluß geblieben ist. Als Hugo und Heise das verselbständigte Familienrecht dem Obligationenrecht nachfolgen ließen, konnte dies gar nicht mehr als etwas besonders Neues erscheinen. Schon zu Beginn des 18. Jahrhunderts hatten Juristen aus des Thomasius Schule — G. G. Titius in seinen Iuris privati Romano Germanici libri XII (1709), J. P. Kreß in seinem Specimen jurisprudentiae privatae (1709)[3]) — das Gleiche getan. Und den

[1]) Einer ähnlichen Systematik folgt auch Nettelbladt, indem er das Gebiet der iurisprudentia generalis stricte sic dicta und das der iurisprudentia socialis (Recht der Gesellschaften) unterscheidet: dabei gehört die Familie in dies zweite Gebiet (Nova introd. in iurisprudentiam positivam §§ 1186 und 1191) (vgl. auch unten S. 608 Anm. 4 zu Hufeland). Auf solche Weise gerät das Familienrecht auch hier hinter das Vermögensrecht. In Nettelbladts Systema elementare erscheint das Familienrecht ebenfalls erst nach dem Vermögensrecht, jedoch unter dem Titel „ius personarum" (§ 651f.). Diese letztere Systematik ist für Nettelbladts Nachfolger vielfach maßgebend geworden (vgl. unten S. 606).

[2]) Vgl. dazu Dernburg, Bürgerliches Recht I 42f.; Landsberg I 473; eingehende Darlegung des Systems bei Heydemann, Einl. in das System des preußischen Civilrechts (II. Aufl.) I 35f.

[3]) Landsberg I 140, 144; gewisse Ansätze dazu auch bei dem zum selben Kreise gehörigen Georg Beyer, Delineatio iuris Germanici (1729).

im obigen öfter genannten systematischen Versuchen des ausgehenden 18. Jahrhunderts hat es durchwegs nahe gelegen. Da jedoch der romanistischen Betrachtungsweise die Verbindung des Familienrechts mit dem Personenrecht gewohnt war, sind nunmehr diese beiden des öfteren in ihrer alten Einheit als personenrechtlicher Teil nach dem Vermögensrecht zur Darstellung gelangt; auch in Nettelbladts Systema elementare ist es so (s. vorhin S. 605 Anm. 1) und die oben S. 591 f. genannten Schriften von Habernikkel und Dabelow, F. G. A. Lobethans Systema elementare jurispr. priv. (1778)[1], wie besonders Hofackers Institutiones juris Romani (oben S. 592) bieten romanistische Belege dafür.[2][3])

Ähnliche Momente, wie die eben für das Familienrecht dargelegten sind für die Stellung des Erbrechts in unserem Pandektensystem bestimmend gewesen. Diese hat im Laufe der Geschichte sehr geschwankt. Wir sind gewohnt, im Erbrecht den Abschluß des Systems zu erblicken. In der Systematik des alten römischen ius civile hat es umgekehrt am Anfang gestanden. Die Institutionen haben es unter die Erwerbsarten gestellt, und diesem Gedanken folgten meist die neueren Systeme, so auch hier der Code civil und das österr. A.B.G.B. Die Anordnung Heises dürfte sich wiederum auf naturrechtliche Gepflogenheit zurück-

---

[1]) Dazu Landsberg I 438.

[2]) Die Anordnung der Institutiones Hofackers ist besonders bezeichnend. Nach den Teilen über iura in rem, iura in personam und modi ius suum persequendi folgt das ius personarum. Dabei folgt aber dem üblichen naturrechtlichen Systemaufbau entsprechend zunächst das ius personarum ex statu sociali, welches sich in Eherecht, Verwandtschaftsrecht (ius familiae) und Herrenrecht gliedert; darauf folgt erst als Anhängsel das ius personarum ex statu naturali, enthält aber vorwiegend nur Vormundschaftsrecht. So reduziert sich dies ganze ius personarum im wesentlichen auf Familienrecht, nachdem das eigentliche Personenrecht bereits im allgemeinen Teil Erledigung gefunden hatte.

[3]) Unbestreitbar sind Personen- und Familienrecht durch eine starke innere Beziehung miteinander verknüpft; darum haben denn auch neuerdings das schweizerische Z.G.B. und die ungarischen Entwürfe das Familienrecht, abweichend vom deutschen BGB. wieder unmittelbar auf das Personenrecht folgen lassen. Vgl. gegen die Anordnung des Pandektensystems auch Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen 37.

führen lassen. Wohl folgen die älteren Naturrechtler in diesem Punkt noch der durch die Institutionen überlieferten Ordnung: Grotius (De jure belli und pacis II 7) und Pufendorf (Ius naturae et gentium IV 10—11) handeln vom Erbrecht unter den derivativen Erwerbsgründen. Stets aber wird auf das Erbrecht, ganz besonders auf das Recht der gesetzlichen Erbfolge, das Familienrecht eine starke Anziehungskraft ausüben. Darauf ist es zurückzuführen, wenn das Erbrecht, wie aus der oben S. 604 angeführten Inhaltsangabe hervorgeht, schon bei Christian Wolf im Anschluß an das Familienrecht behandelt wird; gleiches gilt für Darjes (vgl. oben S. 605), wie auch wiederum für die Stellung des Intestaterbrechts im preußischen A.L.R. (II. Theil. 2. Vf.).

Dazu kommt noch ein weiteres Moment: bei Nettelbladt sehen wir das Privatrecht in zwei Abschnitte geteilt: de iuribus et de obligationibus successionem non concernentibus und de iuribus et obligationibus successionem concernentibus, also eine Abspaltung des Erbrechts von allem sonstigen Privatrecht und Verlegung desselben an den Schluß des Systems (Syst. element. iurispr. nat.). So haben denn auch von Nettelbladts Schülern F. G. A. Lobethan und L. G. Madihn (oben S. 594) das Erbrecht am Ende ihrer Systeme behandelt. Demnach lagen der Anordnung, die durch Heise herrschend geworden ist, auch in diesem Punkte schon allseits Vorbilder zugrunde.

Die zuletzt erörterten beiden Teile des Privatrechts zeigen wieder deutlich, wie sehr unser Pandektensystem dem Einfluß der Naturrechtsjurisprudenz seine Gestalt verdankt. Dieser Einfluß äußert sich an der gesamten zivilistischen Literatur der Zeit, und so würde für die Richtigkeit unserer Anschauung auch die Annahme ausreichen, daß Hugo und Heise diesem Einfluß nur durch Vermittlung anderer systematischer Werke ausgesetzt gewesen sind. Nun läßt sich aber eine Reihe biographischer Momente dafür beibringen, daß das System dieser beiden auch unter unmittelbaren Anregungen der naturrechtlichen Richtung seine Gestalt gewonnen hat. Hugos früheste Interessen waren philosophischer, infolgedessen auch naturrechtlicher

im obigen öfter genannten systematischen Versuchen des ausgehenden 18. Jahrhunderts hat es durchwegs nahe gelegen. Da jedoch der romanistischen Betrachtungsweise die Verbindung des Familienrechts mit dem Personenrecht gewohnt war, sind nunmehr diese beiden des öfteren in ihrer alten Einheit als personenrechtlicher Teil nach dem Vermögensrecht zur Darstellung gelangt; auch in Nettelbladts Systema elementare ist es so (s. vorhin S. 605 Anm. 1) und die oben S. 591 f. genannten Schriften von Habernikkel und Dabelow, F. G. A. Lobethans Systema elementare jurispr. priv. (1778)[1]), wie besonders Hofackers Institutiones juris Romani (oben S. 592) bieten romanistische Belege dafür.[2])[3])

Ähnliche Momente, wie die eben für das Familienrecht dargelegten sind für die Stellung des Erbrechts in unserem Pandektensystem bestimmend gewesen. Diese hat im Laufe der Geschichte sehr geschwankt. Wir sind gewohnt, im Erbrecht den Abschluß des Systems zu erblicken. In der Systematik des alten römischen ius civile hat es umgekehrt am Anfang gestanden. Die Institutionen haben es unter die Erwerbsarten gestellt, und diesem Gedanken folgten meist die neueren Systeme, so auch hier der Code civil und das österr. A.B.G.B. Die Anordnung Heises dürfte sich wiederum auf naturrechtliche Gepflogenheit zurück-

---

[1]) Dazu Landsberg I 438.

[2]) Die Anordnung der Institutiones Hofackers ist besonders bezeichnend. Nach den Teilen über iura in rem, iura in personam und modi ius suum persequendi folgt das ius personarum. Dabei folgt aber dem üblichen naturrechtlichen Systemaufbau entsprechend zunächst das ius personarum ex statu sociali, welches sich in Eherecht, Verwandtschaftsrecht (ius familiae) und Herrenrecht gliedert; darauf folgt erst als Anhängsel das ius personarum ex statu naturali, enthält aber vorwiegend nur Vormundschaftsrecht. So reduziert sich dies ganze ius personarum im wesentlichen auf Familienrecht, nachdem das eigentliche Personenrecht bereits im allgemeinen Teil Erledigung gefunden hatte.

[3]) Unbestreitbar sind Personen- und Familienrecht durch eine starke innere Beziehung miteinander verknüpft; darum haben denn auch neuerdings das schweizerische Z.G.B. und die ungarischen Entwürfe das Familienrecht, abweichend vom deutschen BGB. wieder unmittelbar auf das Personenrecht folgen lassen. Vgl. gegen die Anordnung des Pandektensystems auch Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen 37.

führen lassen. Wohl folgen die älteren Naturrechtler in diesem Punkt noch der durch die Institutionen überlieferten Ordnung: Grotius (De jure belli und pacis II 7) und Pufendorf (Ius naturae et gentium IV 10—11) handeln vom Erbrecht unter den derivativen Erwerbsgründen. Stets aber wird auf das Erbrecht, ganz besonders auf das Recht der gesetzlichen Erbfolge, das Familienrecht eine starke Anziehungskraft ausüben. Darauf ist es zurückzuführen, wenn das Erbrecht, wie aus der oben S. 604 angeführten Inhaltsangabe hervorgeht, schon bei Christian Wolf im Anschluß an das Familienrecht behandelt wird; gleiches gilt für Darjes (vgl. oben S. 605), wie auch wiederum für die Stellung des Intestaterbrechts im preußischen A.L.R. (II. Theil. 2. Vf.).

Dazu kommt noch ein weiteres Moment: bei Nettelbladt sehen wir das Privatrecht in zwei Abschnitte geteilt: de iuribus et de obligationibus successionem non concernentibus und de iuribus et obligationibus successionem concernentibus, also eine Abspaltung des Erbrechts von allem sonstigen Privatrecht und Verlegung desselben an den Schluß des Systems (Syst. element. iurispr. nat.). So haben denn auch von Nettelbladts Schülern F. G. A. Lobethan und L. G. Madihn (oben S. 594) das Erbrecht am Ende ihrer Systeme behandelt. Demnach lagen der Anordnung, die durch Heise herrschend geworden ist, auch in diesem Punkte schon allseits Vorbilder zugrunde.

Die zuletzt erörterten beiden Teile des Privatrechts zeigen wieder deutlich, wie sehr unser Pandektensystem dem Einfluß der Naturrechtsjurisprudenz seine Gestalt verdankt. Dieser Einfluß äußert sich an der gesamten zivilistischen Literatur der Zeit, und so würde für die Richtigkeit unserer Anschauung auch die Annahme ausreichen, daß Hugo und Heise diesem Einfluß nur durch Vermittlung anderer systematischer Werke ausgesetzt gewesen sind. Nun läßt sich aber eine Reihe biographischer Momente dafür beibringen, daß das System dieser beiden auch unter unmittelbaren Anregungen der naturrechtlichen Richtung seine Gestalt gewonnen hat. Hugos früheste Interessen waren philosophischer, infolgedessen auch naturrechtlicher

im obigen öfter genannten systematischen Versuchen des ausgehenden 18. Jahrhunderts hat es durchwegs nahe gelegen. Da jedoch der romanistischen Betrachtungsweise die Verbindung des Familienrechts mit dem Personenrecht gewohnt war, sind nunmehr diese beiden des öfteren in ihrer alten Einheit als personenrechtlicher Teil nach dem Vermögensrecht zur Darstellung gelangt; auch in Nettelbladts Systema elementare ist es so (s. vorhin S. 605 Anm. 1) und die oben S. 591 f. genannten Schriften von Habernikkel und Dabelow, F. G. A. Lobethans Systema elementare jurispr. priv. (1778)[1], wie besonders Hofackers Institutiones juris Romani (oben S. 592) bieten romanistische Belege dafür.[2][3])

Ähnliche Momente, wie die eben für das Familienrecht dargelegten sind für die Stellung des Erbrechts in unserem Pandektensystem bestimmend gewesen. Diese hat im Laufe der Geschichte sehr geschwankt. Wir sind gewohnt, im Erbrecht den Abschluß des Systems zu erblicken. In der Systematik des alten römischen ius civile hat es umgekehrt am Anfang gestanden. Die Institutionen haben es unter die Erwerbsarten gestellt, und diesem Gedanken folgten meist die neueren Systeme, so auch hier der Code civil und das österr. A.B.G.B. Die Anordnung Heises dürfte sich wiederum auf naturrechtliche Gepflogenheit zurück-

---

[1]) Dazu Landsberg I 438.

[2]) Die Anordnung der Institutiones Hofackers ist besonders bezeichnend. Nach den Teilen über iura in rem, iura in personam und modi ius suum persequendi folgt das ius personarum. Dabei folgt aber dem üblichen naturrechtlichen Systemaufbau entsprechend zunächst das ius personarum ex statu sociali, welches sich in Eherecht, Verwandtschaftsrecht (ius familiae) und Herrenrecht gliedert; darauf folgt erst als Anhängsel das ius personarum ex statu naturali, enthält aber vorwiegend nur Vormundschaftsrecht. So reduziert sich dies ganze ius personarum im wesentlichen auf Familienrecht, nachdem das eigentliche Personenrecht bereits im allgemeinen Teil Erledigung gefunden hatte.

[3]) Unbestreitbar sind Personen- und Familienrecht durch eine starke innere Beziehung miteinander verknüpft; darum haben denn auch neuerdings das schweizerische Z.G.B. und die ungarischen Entwürfe das Familienrecht, abweichend vom deutschen BGB. wieder unmittelbar auf das Personenrecht folgen lassen. Vgl. gegen die Anordnung des Pandektensystems auch Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen 37.

führen lassen. Wohl folgen die älteren Naturrechtler in diesem Punkt noch der durch die Institutionen überlieferten Ordnung: Grotius (De jure belli und pacis II 7) und Pufendorf (Ius naturae et gentium IV 10—11) handeln vom Erbrecht unter den derivativen Erwerbsgründen. Stets aber wird auf das Erbrecht, ganz besonders auf das Recht der gesetzlichen Erbfolge, das Familienrecht eine starke Anziehungskraft ausüben. Darauf ist es zurückzuführen, wenn das Erbrecht, wie aus der oben S. 604 angeführten Inhaltsangabe hervorgeht, schon bei Christian Wolf im Anschluß an das Familienrecht behandelt wird; gleiches gilt für Darjes (vgl. oben S. 605), wie auch wiederum für die Stellung des Intestaterbrechts im preußischen A.L.R. (II. Theil. 2. Vf.).

Dazu kommt noch ein weiteres Moment: bei Nettelbladt sehen wir das Privatrecht in zwei Abschnitte geteilt: de iuribus et de obligationibus successionem non concernentibus und de iuribus et obligationibus successionem concernentibus, also eine Abspaltung des Erbrechts von allem sonstigen Privatrecht und Verlegung desselben an den Schluß des Systems (Syst. element. iurispr. nat.). So haben denn auch von Nettelbladts Schülern F. G. A. Lobethan und L. G. Madihn (oben S. 594) das Erbrecht am Ende ihrer Systeme behandelt. Demnach lagen der Anordnung, die durch Heise herrschend geworden ist, auch in diesem Punkte schon allseits Vorbilder zugrunde.

Die zuletzt erörterten beiden Teile des Privatrechts zeigen wieder deutlich, wie sehr unser Pandektensystem dem Einfluß der Naturrechtsjurisprudenz seine Gestalt verdankt. Dieser Einfluß äußert sich an der gesamten zivilistischen Literatur der Zeit, und so würde für die Richtigkeit unserer Anschauung auch die Annahme ausreichen, daß Hugo und Heise diesem Einfluß nur durch Vermittlung anderer systematischer Werke ausgesetzt gewesen sind. Nun läßt sich aber eine Reihe biographischer Momente dafür beibringen, daß das System dieser beiden auch unter unmittelbaren Anregungen der naturrechtlichen Richtung seine Gestalt gewonnen hat. Hugos früheste Interessen waren philosophischer, infolgedessen auch naturrechtlicher

Art; er stand in Göttingen Joh. G. H. Feder nahe, dessen Lehrbuch des Naturrechts noch ganz an der hergebrachten naturrechtlichen Anordnung festhielt, auch hat er zu seinem Halenser Examen nach eigenem Bericht Nettelbladts Naturrecht studiert.[1] Schließlich gehörte er zu dem um Pütter gescharten Göttinger Kreise, aus dem schon vor ihm dem seinigen in vielem verwandte, im obigen mehrfach berücksichtigte systematische Versuche hervorgegangen waren.[2] Für Heise gelten ähnliche Momente. Er stand als Student in Jena Gottlieb Hufeland am nächsten[3], der ganz im Naturrecht steckte und dessen ebenfalls nach üblicher Naturrechtsanordnung aufgebaute „Institutionen des gesamten positiven Rechts" (2. Aufl. 1803)[4] eines der ganz wenigen Bücher sind, auf deren Vorbild die erste Auflage von Heises Grundriß — die grundsätzlich noch keine Literaturangaben enthielt — sich mehrmals beruft. Nachher hat Heise in Göttingen studiert und hier bei Pütter und Hugo gehört.[5] So führen denn auch unmittelbare persönliche Zusammenhänge deutlich auf die Quellen zurück, deren anregende Wirkung wir im System dieser beiden erkennen. Und daß die Anlage dieses Systems in der Tat auch von seinen Urhebern in keiner Hinsicht als besonders neuartig und originell empfunden worden ist, das haben vor allem sie selbst zur Genüge bekannt.[6] Habent sua

---

[1] Vgl. hierzu Hugo, Beyträge zur civilist. Bücherkenntnis I 22f. 30. Über Feder vgl. Landsberg I 436f.

[2] Habernikkel und Hofacker.

[3] Vgl. v. Bippen, Georg Arnold Heise 387.

[4] Dabei sei insbesondere hervorgehoben, daß der privatrechtliche Teil über einzelne Rechte — nachdem vorher bereits die allgemeinen Lehren erörtert worden waren — in zwei Unterabschnitte zerfällt: Rechte unter Lebenden und Recht nach einem Todesfall (vgl. vorhin S. 607). Dadurch wird auch hier das Erbrecht vom übrigen Privatrecht geschieden. Der Abschnitt über Rechte unter Lebenden zerfällt auch hier in Rechte des einzelnen und Rechte der Gesellschaften; dieser letztere Teil enthält aber vorwiegend Familienrecht. In der Anordnung entspricht dies alles in allem — wenngleich unter völlig anderen Gesichtspunkten — der des Heiseschen Pandektensystems.

[5] v. Bippen 48.

[6] Hugo in der Vorrede zu den Inst. des heut. röm. Rechts, Beytr.

fata libelli. Daß Heises Vorlesungsgrundriß die Welt erobert hat und man nach hundert Jahren mit gesteigertem Recht Hugos Wort wiederholen darf, dies Buch „habe, wie vielleicht in der ganzen juristischen gelehrten Geschichte kein anderes, den Ton angegeben“[1]), war vorwiegend glücklicher Zufälle Wirkung.

Nach alledem dürfte nunmehr ohne weiteres die Antwort auf die Frage sich ergeben, von der wir ausgegangen sind. „Die besonderen Teile unseres Systems sind nach einer Kreuzeinteilung geformt“, weil in ihnen zwei auch historisch völlig getrennte Prinzipien der Systematisierung sich kreuzen. Sachenrecht und Schuldrecht, Familien- und Erbrecht sind nach zweierlei Grundsätzen geschieden, welche in völlig heterogenen Schichten juristischer Gedankenbildung wurzeln. Das eine Paar beruht auf einem römischen Prinzip, das zweite verdankt der naturrechtlichen Systematik sein Dasein. In dieser letzteren stand jedoch das Familienrecht dem Individualrecht gegenüber; als es in die völlig anders geartete Reihe von Sachenrecht und Schuldrecht hineingestellt wurde, entstand ein unorganisches System. Heises systematischer Sinn dürfte dies Gebrechen wohl empfunden und er es deswegen vorgezogen haben, das vierte Buch seines Grundrisses nicht als „Familienrecht“, sondern in der ersten Ausgabe mit dem Titel „Iura potestatis“, später nach kantischem Vorbild[2]) mit dem Wort „Dinglich-persönliche Rechte“ zu bezeichnen.[3]) Dadurch sollte offenbar der Inhalt des vierten Buches neben den ihm vorangehenden beiden als eine weitere Gruppe von besonderen subjektiven Rechten und demnach das ganze System als ein von einem einheitlichen Prinzip getragenes Gebäude erscheinen. Indes war diese Anschauung allzu gekünstelt, allzu wenig für die dahinter

zur civilist. Bücherkenntnis I 89/90; Heise in seinen Vorreden, bes. in der III. Ausg. S. IX.

[1]) Beytr. zur civilist. Bücherkenntnis I 518 [1].

[2]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre § 22.

[3]) Vgl. dazu Heise, Grundriß I. Ausg. (1807) 65 und III. Ausg. 16 [5], 129 [1]. — Ähnlich hat auch Puchta in seinen Pandekten dem Familienrecht den Titel „Die Rechte an Personen“ gegeben.

Art; er stand in Göttingen Joh. G. H. Feder nahe, dessen Lehrbuch des Naturrechts noch ganz an der hergebrachten naturrechtlichen Anordnung festhielt, auch hat er zu seinem Halenser Examen nach eigenem Bericht Nettelbladts Naturrecht studiert.[1] Schließlich gehörte er zu dem um Pütter gescharten Göttinger Kreise, aus dem schon vor ihm dem seinigen in vielem verwandte, im obigen mehrfach berücksichtigte systematische Versuche hervorgegangen waren.[2] Für Heise gelten ähnliche Momente. Er stand als Student in Jena Gottlieb Hufeland am nächsten[3], der ganz im Naturrecht steckte und dessen ebenfalls nach üblicher Naturrechtsanordnung aufgebaute „Institutionen des gesamten positiven Rechts" (2. Aufl. 1803)[4] eines der ganz wenigen Bücher sind, auf deren Vorbild die erste Auflage von Heises Grundriß — die grundsätzlich noch keine Literaturangaben enthielt — sich mehrmals beruft. Nachher hat Heise in Göttingen studiert und hier bei Pütter und Hugo gehört.[5] So führen denn auch unmittelbare persönliche Zusammenhänge deutlich auf die Quellen zurück, deren anregende Wirkung wir im System dieser beiden erkennen. Und daß die Anlage dieses Systems in der Tat auch von seinen Urhebern in keiner Hinsicht als besonders neuartig und originell empfunden worden ist, das haben vor allem sie selbst zur Genüge bekannt.[6] Habent sua

[1]) Vgl. hierzu Hugo, Beyträge zur civilist. Bücherkenntnis I 22f. 30. Über Feder vgl. Landsberg I 436f.

[2]) Habernikkel und Hofacker.

[3]) Vgl. v. Bippen, Georg Arnold Heise 387.

[4]) Dabei sei insbesondere hervorgehoben, daß der privatrechtliche Teil über einzelne Rechte — nachdem vorher bereits die allgemeinen Lehren erörtert worden waren — in zwei Unterabschnitte zerfällt: Rechte unter Lebenden und Recht nach einem Todesfall (vgl. vorhin S. 607). Dadurch wird auch hier das Erbrecht vom übrigen Privatrecht geschieden. Der Abschnitt über Rechte unter Lebenden zerfällt auch hier in Rechte des einzelnen und Rechte der Gesellschaften; dieser letztere Teil enthält aber vorwiegend Familienrecht. In der Anordnung entspricht dies alles in allem — wenngleich unter völlig anderen Gesichtspunkten — der des Heiseschen Pandektensystems.

[5]) v. Bippen 48.

[6]) Hugo in der Vorrede zu den Inst. des heut. röm. Rechts, Beytr.

fata libelli. Daß Heises Vorlesungsgrundriß die Welt erobert hat und man nach hundert Jahren mit gesteigertem Recht Hugos Wort wiederholen darf, dies Buch „habe, wie vielleicht in der ganzen juristischen gelehrten Geschichte kein anderes, den Ton angegeben"[1]), war vorwiegend glücklicher Zufälle Wirkung.

Nach alledem dürfte nunmehr ohne weiteres die Antwort auf die Frage sich ergeben, von der wir ausgegangen sind. „Die besonderen Teile unseres Systems sind nach einer Kreuzeinteilung geformt", weil in ihnen zwei auch historisch völlig getrennte Prinzipien der Systematisierung sich kreuzen. Sachenrecht und Schuldrecht, Familien- und Erbrecht sind nach zweierlei Grundsätzen geschieden, welche in völlig heterogenen Schichten juristischer Gedankenbildung wurzeln. Das eine Paar beruht auf einem römischen Prinzip, das zweite verdankt der naturrechtlichen Systematik sein Dasein. In dieser letzteren stand jedoch das Familienrecht dem Individualrecht gegenüber; als es in die völlig anders geartete Reihe von Sachenrecht und Schuldrecht hineingestellt wurde, entstand ein unorganisches System. Heises systematischer Sinn dürfte dies Gebrechen wohl empfunden und er es deswegen vorgezogen haben, das vierte Buch seines Grundrisses nicht als „Familienrecht", sondern in der ersten Ausgabe mit dem Titel „Iura potestatis", später nach kantischem Vorbild[2]) mit dem Wort „Dinglich-persönliche Rechte" zu bezeichnen.[3]) Dadurch sollte offenbar der Inhalt des vierten Buches neben den ihm vorangehenden beiden als eine weitere Gruppe von besonderen subjektiven Rechten und demnach das ganze System als ein von einem einheitlichen Prinzip getragenes Gebäude erscheinen. Indes war diese Anschauung allzu gekünstelt, allzu wenig für die dahinter

zur civilist. Bücherkenntnis I 89/90; Heise in seinen Vorreden, bes. in der III. Ausg. S. IX.

[1]) Beytr. zur civilist. Bücherkenntnis I 518 [1].

[2]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre § 22.

[3]) Vgl. dazu Heise, Grundriß I. Ausg. (1807) 65 und III. Ausg. 16 [4], 129 [1]. — Ähnlich hat auch Puchta in seinen Pandekten dem Familienrecht den Titel „Die Rechte an Personen" gegeben.

Art; er stand in Göttingen Joh. G. H. Feder nahe, dessen Lehrbuch des Naturrechts noch ganz an der hergebrachten naturrechtlichen Anordnung festhielt, auch hat er zu seinem Halenser Examen nach eigenem Bericht Nettelbladts Naturrecht studiert.[1]) Schließlich gehörte er zu dem um Pütter gescharten Göttinger Kreise, aus dem schon vor ihm dem seinigen in vielem verwandte, im obigen mehrfach berücksichtigte systematische Versuche hervorgegangen waren.[2]) Für Heise gelten ähnliche Momente. Er stand als Student in Jena Gottlieb Hufeland am nächsten[3]), der ganz im Naturrecht steckte und dessen ebenfalls nach üblicher Naturrechtsanordnung aufgebaute „Institutionen des gesamten positiven Rechts" (2. Aufl. 1803)[4]) eines der ganz wenigen Bücher sind, auf deren Vorbild die erste Auflage von Heises Grundriß — die grundsätzlich noch keine Literaturangaben enthielt — sich mehrmals beruft. Nachher hat Heise in Göttingen studiert und hier bei Pütter und Hugo gehört.[5]) So führen denn auch unmittelbare persönliche Zusammenhänge deutlich auf die Quellen zurück, deren anregende Wirkung wir im System dieser beiden erkennen. Und daß die Anlage dieses Systems in der Tat auch von seinen Urhebern in keiner Hinsicht als besonders neuartig und originell empfunden worden ist, das haben vor allem sie selbst zur Genüge bekannt.[6]) Habent sua

---

[1]) Vgl. hierzu Hugo, Beyträge zur civilist. Bücherkenntnis I 22f. 30. Über Feder vgl. Landsberg I 436f.

[2]) Habernikkel und Hofacker.

[3]) Vgl. v. Bippen, Georg Arnold Heise 387.

[4]) Dabei sei insbesondere hervorgehoben, daß der privatrechtliche Teil über einzelne Rechte — nachdem vorher bereits die allgemeinen Lehren erörtert worden waren — in zwei Unterabschnitte zerfällt: Rechte unter Lebenden und Recht nach einem Todesfall (vgl. vorhin S. 607). Dadurch wird auch hier das Erbrecht vom übrigen Privatrecht geschieden. Der Abschnitt über Rechte unter Lebenden zerfällt auch hier in Rechte des einzelnen und Rechte der Gesellschaften; dieser letztere Teil enthält aber vorwiegend Familienrecht. In der Anordnung entspricht dies alles in allem — wenngleich unter völlig anderen Gesichtspunkten — der des Heiseschen Pandektensystems.

[5]) v. Bippen 48.

[6]) Hugo in der Vorrede zu den Inst. des heut. röm. Rechts, Beytr.

fata libelli. Daß Heises Vorlesungsgrundriß die Welt erobert hat und man nach hundert Jahren mit gesteigertem Recht Hugos Wort wiederholen darf, dies Buch „habe, wie vielleicht in der ganzen juristischen gelehrten Geschichte kein anderes, den Ton angegeben“[1]), war vorwiegend glücklicher Zufälle Wirkung.

Nach alledem dürfte nunmehr ohne weiteres die Antwort auf die Frage sich ergeben, von der wir ausgegangen sind. „Die besonderen Teile unseres Systems sind nach einer Kreuzeinteilung geformt“, weil in ihnen zwei auch historisch völlig getrennte Prinzipien der Systematisierung sich kreuzen. Sachenrecht und Schuldrecht, Familien- und Erbrecht sind nach zweierlei Grundsätzen geschieden, welche in völlig heterogenen Schichten juristischer Gedankenbildung wurzeln. Das eine Paar beruht auf einem römischen Prinzip, das zweite verdankt der naturrechtlichen Systematik sein Dasein. In dieser letzteren stand jedoch das Familienrecht dem Individualrecht gegenüber; als es in die völlig anders geartete Reihe von Sachenrecht und Schuldrecht hineingestellt wurde, entstand ein unorganisches System. Heises systematischer Sinn dürfte dies Gebrechen wohl empfunden und er es deswegen vorgezogen haben, das vierte Buch seines Grundrisses nicht als „Familienrecht“, sondern in der ersten Ausgabe mit dem Titel „Iura potestatis“, später nach kantischem Vorbild[2]) mit dem Wort „Dinglich-persönliche Rechte“ zu bezeichnen.[3]) Dadurch sollte offenbar der Inhalt des vierten Buches neben den ihm vorangehenden beiden als eine weitere Gruppe von besonderen subjektiven Rechten und demnach das ganze System als ein von einem einheitlichen Prinzip getragenes Gebäude erscheinen. Indes war diese Anschauung allzu gekünstelt, allzu wenig für die dahinter

---

zur civilist. Bücherkenntnis I 89/90; Heise in seinen Vorreden, bes. in der III. Ausg. S. IX.

[1]) Beytr. zur civilist. Bücherkenntnis I 518 [1].

[2]) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre § 22.

[3]) Vgl. dazu Heise, Grundriß I. Ausg. (1807) 65 und III. Ausg. 16 [5], 129 [1]. — Ähnlich hat auch Puchta in seinen Pandekten dem Familienrecht den Titel „Die Rechte an Personen“ gegeben.

liegende Wirklichkeit bezeichnend, als daß sie sich hätte einbürgern können.

Das hier gewonnene Ergebnis, mag es auch nur das äußere Gewand der Pandektenjurisprudenz des 19. Jahrhunderts betreffen, erscheint doch auch für ihr inneres Wesen symptomatisch. Dieselbe ist ihrem ganzen Bestande nach eine Mischung römischer und späterer Bildungen gewesen. Sie in ihre Bestandteile aufzulösen, ist großenteils noch eine Aufgabe der Zukunft. Denn — um mit einem Worte Otto Lenels zu schließen — „die alte Pandektenwissenschaft ist tot und selbst nur noch ein Gegenstand historischer Forschung. Leben herrscht nur noch in der Wissenschaft des rein römischen Rechts und der Dogmengeschichte.“[1]) Diese letztere aber dürfte ergeben, daß neben dem Einfluß der Glosse und Postglosse und dem der klassisch-französischen Rechtswissenschaft in der Pandektenlehre auch die geistige Arbeit deutscher Naturrechtsjuristen viel tiefere Spuren hinterlassen hat, als die spätere Zeit infolge der diesen entgegengebrachten, zum Teil sicherlich berechtigten Abneigung und Geringschätzung es sich zum Bewußtsein bringen konnte.

---

[1]) Deutsche Juristenzeitung 1911, Sp. 825.

XXIV.
Über Stempel und Siegel.

Von
Herrn Professor Dr. **Leopold Wenger**
in München.

Eine Bearbeitung des gegenwärtigen Standes unserer Forschung über das Stempel- und Siegelwesen im griechisch-römischen Altertum zeigt in eindringlicher Weise die Bedeutung dieses Themas nicht bloß für den Rechtshistoriker, sondern zugleich für den Diplomatiker und Archäologen. Eine unter dem Stichwort 'Signum' demnächst in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft erscheinende Zusammenfassung wird unter Verarbeitung von Quellen und Literatur das Thema umfassend zu behandeln trachten.[1]) Da dabei auch manches mitgenommen werden mußte, was den Juristen nicht unmittelbar berührt, diesem ferner auch jenes Handbuch nicht immer zur Verfügung steht, so darf vielleicht ein kurzer Überblick über den Stand der Dinge an dieser Stelle nicht ganz unangebracht sein.

Dem Gelehrten aber, dem die deutsche Romanistik, aufrecht auch in schwersten Tagen, diesen Band huldigend darbringt, möge dieser kurze Abriß aus einer der römischen Rechtsgeschichte angehörigen Quellenlehre zeigen, daß die Aufgabe, über die in glücklicheren Tagen auf dem Londoner internationalen Historikerkongresse berichtet worden[2]), trotz aller Hemmungen nicht aufgegeben ist.

I. Stempel und Siegel.[3])

Stempel und Siegel gehören geschichtlich zusammen, so sehr wir auch für eine entwickelte Epoche in alter Zeit

---

[1]) Es sei hier ausdrücklich auf die im Artikel Signum angeführten Angaben verwiesen. Ich konnte deshalb hier mit Zitaten sparen.

[2]) Essays in Legal History ed. by Vinogradoff (Oxford 1913) 13ff.

[3]) Siegel sowohl als Stempel werden für das Werkzeug und für

liegende Wirklichkeit bezeichnend, als daß sie sich hätte einbürgern können.

Das hier gewonnene Ergebnis, mag es auch nur das äußere Gewand der Pandektenjurisprudenz des 19. Jahrhunderts betreffen, erscheint doch auch für ihr inneres Wesen symptomatisch. Dieselbe ist ihrem ganzen Bestande nach eine Mischung römischer und späterer Bildungen gewesen. Sie in ihre Bestandteile aufzulösen, ist großenteils noch eine Aufgabe der Zukunft. Denn — um mit einem Worte Otto Lenels zu schließen — „die alte Pandektenwissenschaft ist tot und selbst nur noch ein Gegenstand historischer Forschung. Leben herrscht nur noch in der Wissenschaft des rein römischen Rechts und der Dogmengeschichte.“[1]) Diese letztere aber dürfte ergeben, daß neben dem Einfluß der Glosse und Postglosse und dem der klassisch-französischen Rechtswissenschaft in der Pandektenlehre auch die geistige Arbeit deutscher Naturrechtsjuristen viel tiefere Spuren hinterlassen hat, als die spätere Zeit infolge der diesen entgegengebrachten, zum Teil sicherlich berechtigten Abneigung und Geringschätzung es sich zum Bewußtsein bringen konnte.

---

[1]) Deutsche Juristenzeitung 1911, Sp. 825.

XXIV.

Über Stempel und Siegel.

Von

Herrn Professor Dr. **Leopold Wenger**

in München.

Eine Bearbeitung des gegenwärtigen Standes unserer Forschung über das Stempel- und Siegelwesen im griechisch-römischen Altertum zeigt in eindringlicher Weise die Bedeutung dieses Themas nicht bloß für den Rechtshistoriker, sondern zugleich für den Diplomatiker und Archäologen. Eine unter dem Stichwort 'Signum' demnächst in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft erscheinende Zusammenfassung wird unter Verarbeitung von Quellen und Literatur das Thema umfassend zu behandeln trachten.[1]) Da dabei auch manches mitgenommen werden mußte, was den Juristen nicht unmittelbar berührt, diesem ferner auch jenes Handbuch nicht immer zur Verfügung steht, so darf vielleicht ein kurzer Überblick über den Stand der Dinge an dieser Stelle nicht ganz unangebracht sein.

Dem Gelehrten aber, dem die deutsche Romanistik, aufrecht auch in schwersten Tagen, diesen Band huldigend darbringt, möge dieser kurze Abriß aus einer der römischen Rechtsgeschichte angehörigen Quellenlehre zeigen, daß die Aufgabe, über die in glücklicheren Tagen auf dem Londoner internationalen Historikerkongresse berichtet worden[2]), trotz aller Hemmungen nicht aufgegeben ist.

I. Stempel und Siegel.[3])

Stempel und Siegel gehören geschichtlich zusammen, so sehr wir auch für eine entwickelte Epoche in alter Zeit

[1]) Es sei hier ausdrücklich auf die im Artikel Signum angeführten Angaben verwiesen. Ich konnte deshalb hier mit Zitaten sparen.

[2]) Essays in Legal History ed. by Vinogradoff (Oxford 1913) 13ff.

[3]) Siegel sowohl als Stempel werden für das Werkzeug und für

und bei uns sie zu scheiden versuchen mögen. Ganz reinlich ist diese Grenzziehung nie möglich, doch ist das von beiden Seiten her beherrschte Grenzgebiet, der gemeinsame Teil der sich schneidenden Kreise, immerhin klein. Der Stempel kennzeichnet, das Siegel sichert. Von der Technik beider Fähigkeiten ist hier ganz abzusehen — nur der sprachliche Hinweis sei hervorgehoben, der im lateinischen *signum* steckt. Das Wort gehört etymologisch zu *secare*, schneiden, bedeutet also zunächst die 'eingeschnittene Marke'.[1]) Vielleicht ist auch das griechische *σφραγίς* parallel zu deuten.[2])

II. Vom Stempeln von Sachen[3]) und Menschen.

Ein gemeinsamer Zweck liegt der Stempelung hier zugrunde: Sachen und Menschen sollen in eine bestimmte Kategorie eingereiht, als zu ihr gehörig bezeichnet werden. So wie wir heute noch im übertragenen Sinne von einem Menschen sagen können, er sei z. B. als Angehöriger einer bestimmten politischen Partei 'abgestempelt'. Technisch geschieht diese Abstempelung in verschiedener Weise: durch Einritzen oder Einschneiden — wohl, wie das Wort *signum* uns sagte — die älteste Form; oder durch Einbrennen; oder durch Aufmalen; aber auch durch Anbringen einer hängenden Marke.

1. Das Stempeln von Sachen weist in die frühesten Anfänge der Rechtsentwicklung. Wenn und soweit damit die Zugehörigkeit eines Tieres z. B. zum Ausdruck gebracht werden soll, haben wir zugleich die aufdämmernde Vorstellung des Eigentums vor uns: eine Denkform, die bereits mit dauerndem Herrschaftsrecht des Menschen über die Sache rechnet und sich nicht in der primitiven Festhaltung

---

den hergestellten Abdruck verwendet: das gilt analog unserem ungenauen Sprachgebrauch auch für *sigillum* und für *σφραγίς*. Der Sinn ergibt sich in jedem Falle von selber.

[1]) Skutsch, Glotta I 406f.; Walde, Lat. etym. Wörterb. 710.

[2]) Vgl. dazu Boisacq, Dict. étym. de la Langue Grecque (1916) 930.

[3]) Mit Ausnahme des Stempelns von Urkunden, wovon im engeren Zusammenhang mit dem Siegeln derselben unten IV 1.

desselben zum augenblicklichen Gebrauchen oder Verbrauchen erschöpft. Es ist kaum zu kühn, mit der Möglichkeit zu rechnen, daß buchstabenartige Zeichen auf paläolithischen Malereien auf solches Merken hindeuten könnten.[1])

Bekannt und gut belegt ist das Kennzeichnen der Tiere mit dem Brandstempel oder in anderer Weise. Es findet sich in der altorientalischen, in der griechisch-hellenistischen und römischen Welt[2]); Parallelen aus der germanischen Rechtswelt ergänzen das Bild. Auch Sklaven sind wohl in Griechenland und Rom in weitem Ausmaße gekennzeichnet worden, nicht bloß zur Strafe. Nur war das Stigma verbrecherischer und flüchtiger Sklaven entehrend.

Nicht so sehr, um das Eigentum, als vielmehr, um die schöpferische Arbeit des Menschen an einer Sache zu bezeichnen, wird ein Herkunftszeichen Erzeugnissen des Handwerks und der Industrie aufgedrückt. Steinmetzzeichen, Töpferstempel u. a. sind hier zu nennen.

Maße und Gewichte werden geeicht.[3]) Ob das von

---

[1]) Auf die Vorsicht bei derartigen Vermutungen braucht nicht besonders verwiesen zu sein. Vgl. z. B. Capitan, Breuil, Peyrony, Peintures et Gravures Murales des Cavernes Paléolitiques. La Caverne de Font-de-Gaume aux Eyzies (Dordogne) (Monaco 1910) S. 112 Fig. 82, S. 228 Fig. 215, S. 246.

[2]) Eine über seine grundsätzlich religionsgeschichtlichen Zwecke hinausreichende Untersuchung von Siegeln und Stempeln im Altertum, die auch kein Rechtshistoriker übersehen sollte, gibt Dölger, Sphragis (1911).

[3]) Vgl. den attischen Volksbeschluß über Maße und Gewichte (2./1. Jahrhundert v. Chr.) CIG 123 = IG II 476. Z. 7f. sind, wie Böckh gezeigt hat, *σύμβολα* die Normalmaße, *σηκώματα* die nach ihnen geeichten Maße. Z. 17f.: *μηθεὶς τῶν πωλούντων τι ἢ ὠνουμένων ἀσυμβλήτῳ μέτρῳ μηδὲ σταθμῷ χρῆται, ἀλλὰ δικαίοις*, besonders 64ff.: *τοὺς δὲ ἄρχοντας χρῆσθαι τῷ αὐτῷ μέτρῳ κεχαραγμένῳ τῷ χαρακτῆρι μολυβδίνῳ . . . χρῆσθαι δὲ . . . ἀρχὰς τοῖς προεσφραγισμένοις μέτροις, ἐὰν μή τις τῶν πωλούντων . . . σφραγιστῷ μέτρῳ χρῆται.* Vgl. zum Ganzen Böckh, Staatshaushaltung der Athener II (3. A. von Fränkel 1886) 318ff., 321. Für Rom Mommsen, Staatsr. II 499[3], 500[1]; Marquardt, Staatsverw. II 76[5]; Privatleben 125f.[10]. Ägyptische Gewichtsinschriften aus neronischer Zeit gibt Preisigke, Sammelbuch Nr. 303f., aus byzantinischer Zeit Nr. 2676 bis 2682. Ein Eichungsstempel eines arabischen Tongefäßes mit der Inschrift 'Gott erhält den lange im Leben, welcher ihm folgt' in der Sammlung Papyrus Erzherzog Rainer: Führer S. 142.

und bei uns sie zu scheiden versuchen mögen. Ganz reinlich ist diese Grenzziehung nie möglich, doch ist das von beiden Seiten her beherrschte Grenzgebiet, der gemeinsame Teil der sich schneidenden Kreise, immerhin klein. Der Stempel kennzeichnet, das Siegel sichert. Von der Technik beider Fähigkeiten ist hier ganz abzusehen — nur der sprachliche Hinweis sei hervorgehoben, der im lateinischen *signum* steckt. Das Wort gehört etymologisch zu *secare*, schneiden, bedeutet also zunächst die 'eingeschnittene Marke'.[1]) Vielleicht ist auch das griechische *σφραγίς* parallel zu deuten.[2])

II. Vom Stempeln von Sachen[3]) und Menschen.

Ein gemeinsamer Zweck liegt der Stempelung hier zugrunde: Sachen und Menschen sollen in eine bestimmte Kategorie eingereiht, als zu ihr gehörig bezeichnet werden. So wie wir heute noch im übertragenen Sinne von einem Menschen sagen können, er sei z. B. als Angehöriger einer bestimmten politischen Partei 'abgestempelt'. Technisch geschieht diese Abstempelung in verschiedener Weise: durch Einritzen oder Einschneiden — wohl, wie das Wort *signum* uns sagte — die älteste Form; oder durch Einbrennen; oder durch Aufmalen; aber auch durch Anbringen einer hängenden Marke.

1. Das Stempeln von Sachen weist in die frühesten Anfänge der Rechtsentwicklung. Wenn und soweit damit die Zugehörigkeit eines Tieres z. B. zum Ausdruck gebracht werden soll, haben wir zugleich die aufdämmernde Vorstellung des Eigentums vor uns: eine Denkform, die bereits mit dauerndem Herrschaftsrecht des Menschen über die Sache rechnet und sich nicht in der primitiven Festhaltung

den hergestellten Abdruck verwendet: das gilt analog unserem ungenauen Sprachgebrauch auch für *sigillum* und für *σφραγίς*. Der Sinn ergibt sich in jedem Falle von selber.

[1]) Skutsch, Glotta I 406f.; Walde, Lat. etym. Wörterb. 710.

[2]) Vgl. dazu Boisacq, Dict. étym. de la Langue Grecque (1916) 930.

[3]) Mit Ausnahme des Stempelns von Urkunden, wovon im engeren Zusammenhang mit dem Siegeln derselben unten IV 1.

desselben zum augenblicklichen Gebrauchen oder Verbrauchen erschöpft. Es ist kaum zu kühn, mit der Möglichkeit zu rechnen, daß buchstabenartige Zeichen auf paläolithischen Malereien auf solches Merken hindeuten könnten.[1])

Bekannt und gut belegt ist das Kennzeichnen der Tiere mit dem Brandstempel oder in anderer Weise. Es findet sich in der altorientalischen, in der griechisch-hellenistischen und römischen Welt[2]); Parallelen aus der germanischen Rechtswelt ergänzen das Bild. Auch Sklaven sind wohl in Griechenland und Rom in weitem Ausmaße gekennzeichnet worden, nicht bloß zur Strafe. Nur war das Stigma verbrecherischer und flüchtiger Sklaven entehrend.

Nicht so sehr, um das Eigentum, als vielmehr, um die schöpferische Arbeit des Menschen an einer Sache zu bezeichnen, wird ein Herkunftszeichen Erzeugnissen des Handwerks und der Industrie aufgedrückt. Steinmetzzeichen, Töpferstempel u. a. sind hier zu nennen.

Maße und Gewichte werden geeicht.[3]) Ob das von

---

[1]) Auf die Vorsicht bei derartigen Vermutungen braucht nicht besonders verwiesen zu sein. Vgl. z. B. Capitan, Breuil, Peyrony, Peintures et Gravures Murales des Cavernes Paléolitiques. La Caverne de Font-de-Gaume aux Eyzies (Dordogne) (Monaco 1910) S. 112 Fig. 82, S. 228 Fig. 215, S. 246.

[2]) Eine über seine grundsätzlich religionsgeschichtlichen Zwecke hinausreichende Untersuchung von Siegeln und Stempeln im Altertum, die auch kein Rechtshistoriker übersehen sollte, gibt Dölger, Sphragis (1911).

[3]) Vgl. den attischen Volksbeschluß über Maße und Gewichte (2./1. Jahrhundert v. Chr.) CIG 123 = IG II 476. Z. 7f. sind, wie Böckh gezeigt hat, *σύμβολα* die Normalmaße, *σηκώματα* die nach ihnen geeichten Maße. Z. 17f.: *μηθεὶς τῶν πωλούντων τι ἢ ὠνουμένων ἀσυμβλήτῳ μέτρῳ μηδὲ σταθμῷ χρῆται, ἀλλὰ δικαίοις*, besonders 64ff.: *τοὺς δὲ ἄρχοντας χρῆσθαι τῷ αὐτῷ μέτρῳ κεχαραγμένῳ τῷ χαρακτῆρι μολυβδίνῳ . . . χρῆσθαι δὲ . . . ἀρχὰς τοῖς προεσφραγισμένοις μέτροις, ἐὰν μή τις τῶν πωλούντων . . . σφραγιστῷ μέτρῳ χρῆται.* Vgl. zum Ganzen Böckh, Staatshaushaltung der Athener II (3. A. von Fränkel 1886) 318ff., 321. Für Rom Mommsen, Staatsr. II 499[3], 500[1]; Marquardt, Staatsverw. II 76[5]; Privatleben 125f.[10]. Ägyptische Gewichtsinschriften aus neronischer Zeit gibt Preisigke, Sammelbuch Nr. 303f., aus byzantinischer Zeit Nr. 2676 bis 2682. Ein Eichungsstempel eines arabischen Tongefäßes mit der Inschrift 'Gott erhält den lange im Leben, welcher ihm folgt' in der Sammlung Papyrus Erzherzog Rainer: Führer S. 142.

Fall zu Fall in mühsamer Handarbeit oder ob es mit einem Stempel geschieht, ist rechtlich belanglos. Beides ist im Rechtssinne Stempelung. Von besonderer Bedeutung ist die Münzprägung. *Σημαντήριον* ist nicht bloß das Zeichen, Siegel (Aesch. Agam. 609), sondern auch der Münzstempel: Harpocr. s. *ἀργυροκοπεῖον. ὅπου κόπτεται τὸ νόμισμα, ὃ νῦν σημαντήριόν τινες καλοῦσιν.* Für Rom ist am bekanntesten die Paulusstelle Dig. XVIII 1, 1 pr., die vom Geld als der *materia forma publica percussa* handelt. Die lex Rubria spricht c. XXI und XXII je am Anfang von der *pecunia certa credita, signata forma publica populei Romanei.*[1])

2. Das Stempeln von Menschen[2]) findet außer der bereits erwähnten Sklavensignierung namentlich auf primitiveren Stufen der menschlichen Kultur weiteste Verbreitung und ist als Tätowierung wohlbekannt. Im religiösen Leben des Altertums war die Tätowierung oder Brandmarkung mit dem Namen der Gottheit weit verbreitet. In der Militärverwaltung der späteren Kaiserzeit werden Rekruten mit dem durch einzelne in Unterarm oder Hand eintätowierte Buchstaben angedeuteten Kaisernamen gezeichnet. Bei Freien begegnet die Stigmatisierung als Körper- und Ehrenstrafe. Fürs altorientalische Recht sieht das Gesetzbuch Hammurapis § 127 Brandmarkung auf die Stirne bei falscher Bezichtigung wegen Sittlichkeitsdelikts vor. Dem Romanisten ist die Einbrennung des K auf die Stirn des verleumderischen Anklägers[3]) sofort in Erinnerung. Bekannt ist auch das Einbrennen eines Stirnmals, wie es das griechische Sklavenstrafrecht in Ägypten vorschreibt. Pap. Lille I 29 (= Mitteis, Chrestom. Nr. 369 = P. M. Meyer, Jurist. Pap. Nr. 71; 3. Jahrhundert v. Chr.) Kol. II 33ff.: *Ὁ δὲ παραλαβὼν τὸ ἀνδράποδον μαστιγωσάτω μὴ ἔλασσον ἑκατὸν πληγῶν καὶ στιξάτω τὸ μέτωπον ὡς τὰ διαγράμματα ἀγορεύει.*

---

[1]) Über die Technik der Münzprägung mit Prägestempeln und das wenige erhaltene technische Instrumentar s. Neuburger, Die Technik des Altertums (1919) 43ff. mit Abb.

[2]) Zu all dem eingehend das genannte Buch von Dölger, Sphragis. Vgl. auch Perdrizet, Arch. Religionswiss. XIV 86ff.

[3]) Mommsen, Strafr. 495.

III. Versiegelung von Sachen.[1])

Verschluß einer Sache durch ein Siegel soll gegen unbefugten Eingriff Dritter Schutz bieten. So versiegelt man Säckchen und wertvolle Pakete, Kisten, Schränke, Häuser der Lebenden und Gräber der Toten. Von juristischem Interesse ist die im attischen Recht bei der Vermögenskonfiskation außer der einfachen Verzeichnung des Vermögens[2]) zuweilen auch begegnende Versiegelung.[3]) Bei der attischen Antidosis ferner, bei der es dem zu einer besonderen Leistung für den Staat Ausersehenen freistand, unter Angebot des Vermögenstausches einen anderen an seiner Stelle vorzuschlagen, der dann entweder den Tausch eingehen oder die Leistung übernehmen mußte, kommt ebenfalls Vermögensversiegelung vor.[4]) Bekannter ist die nötigenfalls vom römischen Prätor dem Gläubiger gestattete Versiegelung des Hauses des Schuldners im Laufe des Konkurses.[5])

Auch die Versiegelung von Geldsäckchen ist dem Juristen aus den römischen Quellen wohlbekannt.[6])

---

[1]) Auch hier wird von Urkunden zunächst abgesehen. Vgl. unten IV 2. Auch von den Briefen erst dort ein paar Worte.

[2]) Lipsius, Att. R. II 302.

[3]) Bonner, The use and effect of Attic Seals in Class. Philol. III (1908) 399—407, verweist hierzu 402[3] auf Xen. Hell. II 3, 21: *καὶ αὐτοὺς μὲν ἀποκτεῖναι τὰ δὲ χρήματα αὐτῶν ἀποσημήνασθαι,* und übertragen von den Personen der Proskribierten II 4, 13: *καὶ τοὺς φιλτάτους τῶν ἡμετέρων ἀπεσημαίνοντο.*

[4]) Vgl. Lipsius II 290ff. [Dem.] XLII (c. Phainipp.) 2: *ἀντὶ δὲ τοῦ τὰ σημεῖ' ἐᾶν τῶν οἰκημάτων ἃ παρεσημηνάμην, ἐλθὼν εἰς ἀγρὸν ἀνέῳξε καὶ τὰς κριθὰς ἐξεφόρησε καὶ τἆλλα, ὥσπερ ἐξουσίαν δεδωκότος αὐτῷ τοῦ νόμου ποιεῖν ὅ τι ἂν βούληται καὶ μὴ ὡς δίκαιόν ἐστιν.* Vgl. auch den Schluß der Hypothesis.

[5]) Vgl. gegen eigenmächtiges Vorgehen Dig. XLVII 10, 20; Cod. Just. II 16 (17). Vgl. auch Dig. XXXVII, 9, 1, 24; Bethmann-Hollweg II 675.

[6]) Vgl. schon lex Acil. repet. 67f.: *Pequnia in fiscis* (Körben) *opsignetur,* über Versiegelung, Entsiegelung und neuerliche Versiegelung von Staatsgeldern mit dem Siegel des Quästors. Aus den Digesten XVIII 3, 8 u. a. Über Aufbewahrung von Geld durch den *nummularius,* der zum Personal des Bankiers gehört, auch wohl selber ein kleiner Argentarius ist, hat die kleine Schrift von R. Herzog, Aus der Geschichte des Bankwesens im Altertum, Tesserae nummulariae (Ab-

Manches Beispiel haben auch hier die Papyri beigesteuert. So ist neuerdings wieder an die Versiegelung von Ölpreßgerätschaften in der monopolisierten ptolemäischen Ölfabrikation gegen mißbräuchliche Verwendung der Geräte zur Zeit der offiziellen Arbeitsruhe, also in der Nacht und an Feiertagen, erinnert worden. Und wenn die Tempel das Privileg hatten, den Jahresbedarf an Sesamöl während zweier Monate selbst herzustellen, so waren ihre Gerätschaften in der übrigen Zeit versiegelt.[1])

IV. Stempelung und Siegelung von Urkunden.

1. Stempeln von Urkunden.[2]) Der Stempel auf Urkunden verfolgt zunächst auch kein anderes Ziel, als die Urkunde in einer bestimmten Hinsicht zu kennzeichnen, also z. B. als ein aus einer bestimmten Kanzlei stammendes Stück, als einen Papyrus aus der kaiserlichen Fabrik. Aber insoferne der Stempel auch eine gewisse Garantie dafür sein soll, daß eine Urkunde von einem bestimmten Aussteller herrührt, der eben allein befugt ist, den Stempel zu verwenden, so berührt sich der Zweck der Stempelung mit dem der Untersiegelung von Urkunden, wobei dann die verschiedene Technik der Herstellung des Stempel- oder Siegelabdrucks juristisch bedeutungslos bleibt. Neben der Kennzeichnung der Urkunde tritt so die Beglaubigung des über dem Stempel stehenden Textes hervor. Was schon oben für den Eichungsstempel gesagt worden, mag hier wiederholt sein: die Frage ist juristisch ohne Bedeutung, ob die Stempelung auf dem primitiveren Wege eines handgemachten Zeichens oder durch den Abdruck einer Stampiglie erfolgt. Die Verwendung beider Techniken begegnet in den Papyri.[3])

---

handl. Gießener Hochschulgesellsch. I, 1919) 6ff. willkommene Aufklärung gebracht: ein kleines Musterstück rechtsarchäologischer Forschung.

[1]) Wilcken, Alexander der Große und die hellenistische Wirtschaft in Schmollers Jahrb. XLV 400. 402.

[2]) Ich brauche über den Wortsinn in diesem Zusammenhange nichts zu sagen.

[3]) Neben den Stempelabdrücken (z. B. BGU I 183, 84/85 n. Chr.; BGU III 748, 48 n. Chr.; CPR I 1 Verso, 83/84 n. Chr.; 11 Verso, J. 108

Eine eigenartige und schon oft in der Literatur beobachtete Anwendung haben solche, wohl handgemachte, aber in ihrer schablonenhaften Art an technisch hergestellte Schrift erinnernde Zeichen in den sogenannten Protokollen von Papyri aus byzantinisch-arabischer Zeit gefunden. Ohne auf die nicht restlos geklärte Frage der Entstehungszeit des Papyrusmonopols in Fabrikation und Verkauf des Beschreibstoffes durch die Staatsverwaltung in Ägypten einzugehen, können wir für die Zeit der ausgehenden Römerherrschaft mit diesem Monopol als gegebener Größe rechnen. Eine seiner Äußerungen ist nun die Stempelung der staatlichen Fabrikate. Die in den Verkauf gebrachte, aus den einzelnen Blättern zusammengeklebte Papyrusrolle weist am Kopfe lange und dicke senkrechte Striche auf, wie mit einem Pinsel hingemalt oder mit einer Schablone aufgestrichen. Bell[1]) hat für diese eigenartige Zeichnung die treffende Bezeichnung des *perpendicular writing* eingebürgert. Ohne auf die bekannten paläographischen Fragen, die sich an diese Protokolle knüpfen, hier einzugehen, kann doch eine bisher meines Wissens noch nicht gemachte Beobachtung ein Hindernis der Entzifferungsversuche dieser eigenartigen Schriftzeichen wegräumen. Denn mögen diese Zeichen in der arabischen Zeit auch zeitweise nicht mehr gewesen sein als Striche, mit denen man die kürzeren Zeilen längeren anglich, so haben sie gewiß in der vorarabischen Zeit stets die Bedeutung einer — wenn auch hart zu entziffernden — Schrift gehabt.[2]) Man hat nun schon längst dazu die Vorschrift Justinians gehalten, daß Notare nur Papyrus mit staatlichem Protokoll verwenden durften, und daß sich in diesem Protokolle der Name des *comes sacrarum largitionum* finden müsse.[3]) Wollten wir, wie herkömmlich,

n. Chr., Abb. S. 38) hat uns der Boden Ägyptens auch die bekannte Kalksteinstampiglie von 5/6 n. Chr. erhalten, deren Inschrift BGU I 183 publiziert ist. Weitere erhaltene ägyptische Petschafte bei Preisigke, Sammelb. II S. 174 u.

[1]) Arch. Papyrusforsch. V 155.

[2]) Vgl. Becker, Ztschr. f. Assyriol. XXII 166ff. Dazu aber Bell a. a. O. 154f.

[3]) Nov. XXXXIV c. 2: Ἐκεῖνο μέντοι τῷ παρόντι προστίθεμεν νόμῳ, ὥστε τοὺς συμβολαιογράφους μὴ εἰς ἕτερον χάρτην καθαρὸν γράφειν συμβό-

diese Vorschrift auch für Ägypten vollinhaltlich als geltend annehmen, so wären einerseits Papyri ohne solchen Kopf als Vertragskörper nichtig — während sie zum mindesten vorkommen — und anderseits müßten wir in den erhaltenen Protokollen zunächst ängstlich nach dem *ἐνδοξότατος κόμης τῶν θείων λαργιτιόνων* suchen. Sind nun auch diese perpendicular writings noch nicht hinreichend entziffert, so finden sich doch die gesuchten Worte wohl nicht in den Papyri Cair. Cat. III 67151 und 67316.[1]) Solches Suchen ist aber auch nicht weiter nötig, zumal die justinianische Vorschrift nur für die hauptstädtischen Notare gilt. Der Kaiser fährt nämlich fort, er wisse wohl, daß auch Fälschungen solcher echter Protokolle und außerdem Papyri mit einem *πρωτόκολλον οὐχ οὕτω καταγεγραμμένον, ἀλλ' ἄλλην τινὰ γραφὴν ἔχον* begegneten, aber in der Hauptstadt und auch nur da sei die Vorschrift genau zu befolgen: *Ταῦτα δὲ τὰ περὶ τῆς ποιότητος τῶν χαρτῶν ἡμῖν διωρισμένα καὶ τῆς ἀποτομῆς τῶν καλουμένων πρωτοκόλλων κρατεῖν ἐπὶ τῆς εὐδαίμονος ταύτης πόλεως μόνον βουλόμεθα.*[2]) Die erfreuliche Ankündigung der Herausgabe der arabischen Texte der Sammlung Papyrus Erzherzog Rainer soll mit einem auch für den griechischen Papyrologen verlockenden Bande Protokolle von Adolf Grohmann eröffnet werden. Es wird für die Entzifferung der griechischen Partien dieser Protokolle die gemachte Beobachtung vielleicht nicht ohne Nutzen sein.

λαιον, πλὴν εἰ μὴ εἰς ἐκεῖνον ὃς προκείμενον τὸ καλούμενον πρωτόκολλον ἔχοι, φέρον τὴν τοῦ κατὰ καιρὸν ἐνδοξοτάτου κόμητος τῶν θείων ἡμῶν λαργιτιόνων προσηγορίαν καὶ τὸν χρόνον καθ' ὃν ὁ χάρτης γέγονε καὶ ὁπόσα ἐπὶ τῶν τοιούτων προγράφεται, τοῦτο τὸ πρωτόκολλον μὴ ἀποτέμνειν ἀλλ' ἐγκείμενον ἐᾶν. [Im Artikel Signum ist ärgerlicherweise der Druckfehler Nov. XXXIV statt XXXXIV stehen geblieben.]

[1]) Vgl. Bell, Journ. Hell. Stud. XXXVII (1917) 57f. und die Entzifferungsversuche Masperos selbst in der Ausgabe.

[2]) Vgl. a contrario die Vorschrift c. 1 § 1, die ausdrücklich als gültig *εἴτε ἐπὶ ταύτης τῆς εὐδαίμονος πόλεως εἴτε ἐν ἐπαρχίαις* bezeichnet wird. Den hauptstädtischen Charakter der erstgenannten Protokollvorschrift bezeugen mit aller wünschenswerten Klarheit auch die Scholien Bas. lib. XXII tit. II (Heimbach II p. 513), auf deren eines schon Wessely, Prolegomena ad papyrorum Graecorum novam collectionem edendam (1883) 5 verwiesen hat, ohne aber die Schlußfolgerung zu ziehen.

Von mehr finanzpolitischem als juristischem Interesse ist schließlich die Tatsache, daß die kaiserliche Abstempelung des notariellen Schreibpapiers auch den Zweck erreicht, in großer Raumverschwendung ein hübsches Stück des teuren Papyrus unbrauchbar zu machen und mit einer so kleinlichen fiskalischen Maßnahme das Papier noch zu verteuern.[1]) Solches Ziel der Stempelung hat allerdings mit der normalen Absicht bei Stempelvorschriften wenig genug zu tun. Wir dürfen aber auch nach dem ganzen Zusammenhang der Novelle die Förderung des Fiskus höchstens als ein gewiß nicht unerwünschtes Nebenergebnis einer doch, wie das Prooemium zeigt, in erster Linie auf Vertragssicherung hinauslaufenden Vorschrift ansehen.

2. Urkundensiegelung. Hier fließen reichliche Quellen.

a) Zunächst bietet die Archäologie ein hinreichend deutliches Bild von der Sitte und Technik des Siegelns. Erhaltene Siegel und literarische und urkundliche Notizen ergänzen einander. Gerade hier ist die für jede antike Rechtsgeschichte — im Sinne einer vergleichenden Zusammenfassung der uns bekannten Rechte des Altertums und eines Versuchs der Ergründung ihrer gegenseitigen Beziehungen — erwünschte Möglichkeit gegeben, orientalisches, kretisches, griechisches, hellenistisches, römisches Material zu verwerten.[2]) Viel haben da die Papyri beigesteuert, wenn auch die alte Klage nicht verstummt, daß man bei früheren Publikationen auf erhaltene Siegelspuren und Reste von Siegeln zu wenig geachtet habe. Eine ganz befriedigende

[1]) Vgl. Grohmann, Die Papyruserzeugung als Staatsmonopol in Ber. d. Forsch.-Inst. f. Osten und Orient in Wien III (1919) 3ff.; Bell, Journ. Egypt. Archaeol. VII (1921) 102.

[2]) Von Juristen hat sich H. Erman sehr um diese Dinge bemüht und die Lehre in entscheidenden Punkten endgültig formulieren können. Am bekanntesten sind seine Aufsätze in dieser Ztschr. Bd. XX (1899) 172ff. und Arch. Papyrusforsch. I (1901) 68ff. Seither sind ausgedehnte Forschungen für altbabylonische und andere orientalische Rechte hinzugekommen. Hier sei nur Schorr, Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozeßrechts (1913) S. XXXVIIff. genannt. Eingehend wird über den Stand der Quellenforschung und die Literatur der genannte Signum-Artikel berichten.

Darstellung des Siegelwesens in den Papyri dürfte der mühevollen Riesenarbeit einer nochmaligen Prüfung der Originale auf diesen Punkt hin nicht aus dem Wege gehen. Auch für babylonisches Siegelwesen ist schon ähnliche Klage geführt worden. Es muß hier nicht bloß das in erster Linie archäologisch Bedeutsame beiseite bleiben, sondern auch auf eine Reihe von Rechtsfragen kann nicht eingegangen werden: so auf die Siegelfähigkeit, das Siegeln mit gemeinsamem Siegel, das Siegeln mit fremdem Siegel, den Siegelmißbrauch.

Und wie die Zusammenhänge des hellenistisch-römischen Siegelwesens nach obenzu mit dem zeitlich früheren orientalischen Siegelwesen noch starke Arbeit verlangen — eines dieser Probleme (Doppelurkunde) wird unten berührt werden —, so ist auch die Beziehung des spätrömischen Siegelwesens zum mittelalterlichen noch nichts weniger als aufgehellt. Es ist eine bekannte Sache, daß dieses Grenzgebiet alte und mittelalterliche Historiker gleichermaßen zu betreten scheuen. Nur eine Einzelheit, in der vielleicht die Papyri weiterhelfen können, sei hier gestreift. Ton- und Wachssiegel, wie sie Orient und Rom verwenden, wurden entweder — in die orientalischen Tontäfelchen — in die Urkunde eingedrückt oder ihr aufgedrückt, indem man auf Papyrus oder Holz (Wachstafeln) oder Metall (Militärdiplome) Ton bzw. Wachs auflegte und da hinein das Siegel drückte. Viel unsicherer ist unsere Kunde von dem dem mittelalterlichen Urkundenwesen so wohlbekannten Hängesiegel[1]) im Altertum. Für diese Hängesiegel verwendete man im Mittelalter Wachs oder Metall als Siegelstoff. Als Metallsiegel begegnen namentlich Blei- oder Goldsiegel. Sie heißen bekanntlich Bullen, ein Ausdruck, der übrigens auch für hängende Wachssiegel verwendbar ist. Von Wachshängesiegeln ist in der Antike m. W. nichts bekannt, dagegen steht die Frage nach dem Vorkommen von Metallhängesiegeln offen, und sie wird grundsätzlich dahinstehen müssen, bis neue archäologische Untersuchungen der hier

[1]) Vgl. etwa Ewald, Siegelkunde (1914) 169ff. Über andere Literatur zum mittelalterlichen Siegelwesen und über Arbeiten und Versuche auf dem Grenzgebiet zur Antike vgl. den Art. Signum, bes. VII.

in Betracht kommenden, jetzt im Münzkabinett des vatikanischen Museums befindlichen Ficcoronischen Sammlung vorliegen. Eitel, Über Blei- und Goldbullen im Mittelalter, ihre Herleitung und ihre erste Verbreitung (1912) hat Bleibullen für die römische Welt seit Augustus als bewiesen erachtet. Er stützt sich hierbei auf ein Werk von Francesco de Ficcoroni, I piombi antichi (1. Aufl. 1740), der von einer Sammlung erhaltener Bleisiegel römischer Kaiser von Trajan bis zum Ausgang des weströmischen Reichs berichtet. Einige andere von Eitel herangezogene antike Funde, insbesondere aus einem ägyptischen Mumiensarge sollen „in überzeugender Weise beweisen, daß der Gebrauch der Metallsiegel der Antike bekannt war und bis in das Zeitalter des Augustus hinaufreicht". Die Literatur hat hierzu begreiflicherweise keine einheitliche Stellungnahme gefunden. Ewald[1]) stimmt bei, Lahusen[2]) und Otto[3]) stehen der Frage skeptisch gegenüber. Bekannt ist das weitverbreitete Vorkommen von Blei- und Goldbullen im byzantinischen Reich (*μολυβδόβουλλα* und *χρυσόβουλλα*) und in der päpstlichen Kanzlei.[4]) Alle dankenswerten Versuche der Verbindung des mittelalterlichen Hängesiegelwesens mit antiken Gebräuchen haben sich nun, soweit ich sehe, die Erwähnung von „Bullen" im späteren Papyrusrechte entgehen lassen. An was für Siegel dabei zu denken ist, läßt sich freilich nicht sicher sagen. Metall- und Tonsiegel kommen in Frage. Den Papyrologen bekannt ist ein prächtig ausgestatteter Papyrus im British Museum[5]), in welchem der Statthalter des Khalifen Maßregeln über Rückkehr zeitlich Beurlaubter erläßt. Da heißt es am Schluß Z. 8ff.: *καὶ πρὸς τὸ δῆλον εἶναι τῷ παρόντι σιγιλλίῳ ἐχρησάμεθα τοῖς τε Ἀραβικοῖς καὶ Ἑλληνικοῖς γράμμασιν, ἐπιτιθέντες ἐν αὐτῷ καὶ τὴν συνήθη [ἡμῶν βοῦλλαν].*[6]) *Ἐγράφη.* Datum. Der

[1]) Siegelkunde 144.

[2]) Mitteil. Instit. Österr. Geschichtsforsch. XXXV (1914) 370[1].

[3]) Arch. Papyrusforsch. VI 314[1].

[4]) Gardthausen, Griech. Paläogr. I 173f.; Eitel a. a. O. 66ff. Dort auch frühere Literatur.

[5]) Lond. I S. 230f. = Wilcken, Chrestom. Nr. 24.

[6]) Dies erg. Wessely, Stud. z. Paläogr. I S. 8; Wilcken, Arch. Papyrusforsch. II 164.

Text stammt wahrscheinlich aus dem Anfang des 8. Jahrhunderts. Wessely[1]) verweist dann auf die Parallele in der Urkunde Führer Nr. 553 (642 n. Chr.): *καὶ πρὸς ὑμῶν ἀσφάλειαν πεποίημαι τὴν παροῦσαν ἀπόδειξιν γραφεῖσαν διὰ τοῦ ἐμοῦ νοταρίου ἐν ᾗ τὴν συνήθη μου βοῦλλαν ἐπέθηκα.* Hierzu ist im Führer bemerkt, daß das zu Nr. 553 gehörige "Tonsiegel" verloren sei. Das Wort *βοῦλλα* begegnet seither in koptischen und griechischen Texten.[2]) In einigen Beschreibungen, namentlich aus der Rainer-Sammlung, ist von angehängten Siegeln die Rede, doch sind die Beschreibungen nicht so, daß sie jeden Zweifel ausschlössen. In manchen, ja vielleicht den meisten Fällen hat man doch den Eindruck, daß die *βοῦλλα*, soweit es sich um Tonsiegel handelt, aufgedruckt und nicht angehängt war. Dabei darf es freilich bis zu näherer Untersuchung durch Papyrologen und Diplomatiker nicht als ausgeschlossen gelten, daß irgendwie am Papyrus hängende Siegel vorkamen, wenngleich hier der Stoff mehr Schwierigkeiten zu bieten scheint als beim derberen Pergament.

b) Das Ziel der Siegelung von Urkunden ist bekanntlich entweder Verschluß des Textes durch das Siegel: Versiegelung, oder Beglaubigung des Textes: Untersiegelung. Es ist ebenso bekannt, daß erst Zangemeisters Untersuchungen zu den pompejanischen Wachstafeln (CIL IV Suppl. 1 S. 433) die Untersiegelung entgegen früheren Lehren fürs römische Recht festgestellt haben. Gerade hier haben die Papyri einen reichlichen Stoff neuer Belege gebracht, wozu jetzt mindestens gleichwertig die orientalischen Texte treten. Wenn wir uns nun auch den juristisch klar faßbaren Unterschied zwischen Versiegelung und Untersiegelung vor Augen halten, so dürfen wir doch zwei allgemeine Beobachtungen dabei nicht übersehen: einmal daß Versiegelung und Untersiegelung einander durchaus nicht ausschließen, sondern sich auf einer und derselben Urkunde finden können; sodann daß auch die Versiegelung neben der Funktion des Schutzes vor

---

[1]) A. a. O.

[2]) Das Material habe ich Signum VI 1 zusammengestellt.

unberechtigtem Eingriff, vor Einsichtnahme in das verschlossene Schriftstück, doch auch in zweiter Linie wenigstens eine Beglaubigungsfunktion ausübt.

a) Bei Versiegelung denkt man meist an Verschluß der ganzen Urkunde. Ihr ganzer Inhalt soll verborgen bleiben: so der Brief vor der Neugier des Überbringers, das Testament vor aller Welt bis zum Tode des Erblassers. In verschlossenen Schreiben wenden sich Parteien an die Behörde, auch diese aber kann ihre Verordnungen verschlossen herausgeben. Die Papyri bieten Belege. So, um ein Beispiel zu nennen, das versiegelte königliche Dekret im Papyrus Leid. G (99 v. Chr.), von dem der Herausgeber Leemans S. 42 sagt: compliatus fuit et sigillo argillaceo imaginem aquilae sinistrorsum progredientis adhibente obsignatus.[1]) Aus der Spätzeit kommt ein reichliches Material für die Versiegelung der zugleich auch untersiegelten amtlichen Erlasse der arabischen Verwaltung in Betracht.[2])

Von besonderem rechtsgeschichtlichen Interesse, das über den Einzelfall hinausreicht, ist die in der Inschrift bei Dittenberger, Syll. I³ 344 (c. 303 v. Chr.) beschriebene Abschriftnahme eines fremden Gesetzes. Da heißt es Z. 62ff.: *καὶ ἀποσταλῆναι ἐς Κῶν ἐν ἡμέραις τρισὶν ἐκγράψασθαι τοὺς νόμους, τοὺς δὲ ἀποσταλέντας ἐπανενεγκεῖν τοὺς νόμους ἐσφραγισμένους τῆι Κώιων σφραγῖδι ἐν ἡμέραις τριάκοντα* usw. Die Überbringung erfolgt offenbar in verschlossenen Tafeln, gesiegelt (wohl untersiegelt und versiegelt) mit dem Staatssiegel des Staates, von dem die Gesetze entlehnt werden sollen. Wir dürfen vermuten, daß dieses Exemplar verschlossen im Staatsarchiv des rechtsbewidmeten Staates verblieb, während außerdem noch ein zu jeweiliger Einsicht

---

[1]) Otto, Arch. Papyrusforsch. VI 311f. möchte hier eher an Untersiegelung denken, bedauert aber auch mit Recht die ungenaue Beschreibung der Anbringung des (übrigens bei Leemans Taf. II Fig. 4 abgebildeten) Siegels. Wilcken bestätigt mir brieflich, daß Leid. G tatsächlich die Originalausfertigung einer königlichen ἐντολή durch die königliche Kanzlei ist. Auch er bezeichnet das Siegel als Verschlußsiegel. Es braucht nicht nochmals bemerkt zu sein, daß beide Siegelungen nebeneinander vorkommen konnten.

[2]) Vgl. Bell, Lond. IV S. XLII. Wir kommen bei der Untersiegelung noch auf solche Quellen zurück.

bestimmtes offenes Exemplar (vielleicht in der gleich zu besprechenden Doppelurkundenform) mitkam. Dies war aber wohl der natürliche Hergang bei allen in der griechisch-römischen Welt so häufig begegnenden Rechtsentlehnungen.[1])

Die Versiegelung kann für gewisse schriftliche rechtliche Willensäußerungen als Formvorschrift vorgesehen sein, so, daß eine Urkunde nur dann gültig ist und nur so lange gültig bleibt, als sie die unverletzten Siegel aufweist. In diesen Fällen ist die erbrochene Urkunde, auch wenn am Inhalt der Schrift gar nichts geändert ist, nicht mehr Trägerin der rechtsgültigen Erklärung. Die Urkunde wird nur anerkannt, solange die Verschlußsiegel unverletzt sind; Öffnung ist nur zur Kenntnisnahme des Inhalts durch die hierzu berufene Behörde oder Person möglich. Hierzu hat bekanntlich das römische Testamentsrecht eine Reihe von Vorschriften ausgebildet. Sie betreffen besonders die versiegelnde Tätigkeit der Zeugen und die Erbrechung der agnoszierten Siegel bei der Testamentseröffnung. Auch zu diesen Fragen hat das Recht der Papyri manches bei- und nachgetragen.[2]) Wenngleich die Testamentsformen wechseln, so sind doch viele die Versiegelung und Entsiegelung betreffenden Rechtssätze aus älterer Zeit mutatis mutandis fürs justinianische Testamentsrecht brauchbar geblieben. Ja, manche der Siegelungsgrundsätze werden auch über das Testamentsrecht hinaus, soweit anwendbar, Anwendung gefunden haben.

Einen eigenartigen Charakter gewinnt die Versiegelung dann, wenn nicht die ganze Urkunde verschlossen wird, und hierbei wiederum dann, wenn die der antiken Welt so eigenartige Form der Doppelurkunde mit zugesiegelter Innenschrift gewählt ist. Das Wesen der Doppelurkunde ist bekannt: der Text wird doppelt geschrieben, die eine Schrift wird verschlossen, die andere Ausfertigung

[1]) Vgl. z. B. Herod. II 48; Liv. III 31, 8; Dikaiomata.

[2]) Ich gehe an dieser Stelle auf diese dem Romanisten geläufigeren Dinge nicht ein und begnüge mich mit dem Hinweis auf Krellers Erbrechtliche Untersuchungen (1919), bes. 313ff. 395ff. Auch über all das ist im Signum-Artikel ausführlich gehandelt.

liegt offen bei und kann jederzeit eingesehen werden. Die technische Ausführung muß je nach dem Stoffe, auf den die Doppelurkunde geschrieben wird, wechseln. Beim Tontäfelchen wird die Innenurkunde kunstvoll mit einer sie nicht berührenden Schale umhüllt, die dann die Außenurkunde zu tragen bestimmt ist. Hier ist also die Innenurkunde schon durch die sie ganz umhüllende Außenhülle geschützt, aber die auf die Außentafel gedrückten Siegel können doch zugleich als Verschlußsiegel der Innenurkunde angesehen werden, zumal sie eine Absprengung der Hülle behufs Änderung der Innenschrift und Ersetzung durch eine andere, auch entsprechend abgeänderte Hülle ersetzen. Bekannt besonders aus den Elephantine-Papyri ist die Herstellung der Doppelurkunde auf Papyrus, wobei eine Papyrushälfte eben eingerollt und zugesiegelt wird, während die andere anruht. Bekannter noch sind die Wachstafeln und die bronzenen Militärdiplome der römischen Rechtsgeschichte.

Es ist ein besonders reizvolles Unternehmen, den Beziehungen der zeitlich und örtlich so weitab voneinander gelegenen und doch in der Grundidee und in vielen Einzelheiten zusammenstimmenden Erscheinungsformen der Doppelurkunde nachzuspüren und daraufhin die prinzipielle Frage einer Antwort zuzuführen, ob die Doppelurkunde als ein einheitliches Rechtsgebilde mit vielen, Ort und Zeit angepaßten Unterarten anzusprechen sei, oder ob wir es hier mit voneinander unabhängigen, zufällig unter gleichen Voraussetzungen entstandenen Erfindungen zu tun haben. Hier[1]) nur ein kurzer Überblick über die verschiedenen Erscheinungsgegenden und -zeiten.

[1]) Ich hoffe die ganze Frage im Zusammenhange noch zu behandeln. Was sich ohne neuerliche genaue Durchprüfung namentlich des Papyrusmaterials, aber auch der sonstigen griechischen Quellen und neue Untersuchung der orientalischen Quellen feststellen läßt, ist im Signumartikel einstweilen niedergelegt. Ich durfte dabei für die Tontäfelchen-Doppelurkunden, die von den Engländern so treffend als Case-Tablets (eingeschachtelte Urkunden, wir könnten vielleicht sagen: Hüllenurkunden) bezeichnet worden sind, die Forschungen von Prof. San Nicolò mit benützen, wofür ihm auch an dieser Stelle bestens gedankt sei.

Die ältesten Doppelurkunden begegnen in Alt-Babylonien gegen 2900 v. Chr. Wir finden sie auch in Kappadokien. Sie verschwinden aber aus der babylonischen Rechtsgeschichte mit dem Amoriterreich, um im alt- und neuassyrischen Reich[1]) wieder zu begegnen. Ein Zusammenhang ist trotz der zeitlichen Lücke möglich. Dagegen fehlen solche Urkunden wieder im neubabylonischen Reich und unter den folgenden Herrschaften, obwohl zahlreiche keilinschriftliche Texte, insbesondere aus dem 2. Jahrhundert v. Chr. vorhanden sind. Die jüngeren hellenistischen Pergamenturkunden aus Persisch-Kurdistan[2]) sind dagegen Doppelurkunden. Ein Zusammenhang mit den assyrischen Doppelurkunden ist hier wohl weniger wahrscheinlich: wir stehen vielleicht eher vor einer hellenistischen Neubildung, wie eine solche auch die frühptolemäischen Elephantine-Papyri zu zeigen scheinen. Dagegen mögen die bekannten versiegelten Doppelurkunden, von denen Jeremias XXXII 10ff. spricht, mit den assyrischen zusammenhängen, wenngleich der Beschreibstoff auch bei diesen israelitischen Rechtsurkunden nicht die Tontafel, sondern Leder oder Papyrus gewesen sein wird. Die aramäischen Papyri aus der Judenkolonie von Elephantine (5. Jahrhundert v. Chr.) sind zum Teil noch in vortrefflichem Zustand erhalten, bieten aber anscheinend keine Doppelurkundenformen mehr. Einer dieser Texte[3]) war noch gefaltet und versiegelt, enthält aber nur mehr auf der Rückseite eine kurze Inhaltsangabe. Diese und andere Inhaltsangaben können nun freilich zusammengeschrumpfte Doppelschriften bedeuten, indes die jüngeren frühptolemäischen Elephantine-Papyri[4]) können wegen ihrer formellen Vollkommenheit nicht gut auf diese aramäisch-

---

[1]) Neuassyrische Doppelurkunden zahlreich bei Kohler-Ungnad, Assyrische Rechtsurkunden (1913), z. B. Nr. 219 220 (683 v. Chr.).

[2]) Minns, Journ. hell. stud. XXXV 22ff.; Mitteis, diese Ztschr. XXXVI 425ff.

[3]) Sachau, Aram. Papyrus (1911) Nr. 28 = kleine Ausg. v. Ungnad (1911) S. 46ff. = Staerck, Alte und neue aram. Papyri in Lietzmanns Kl. Texten (1912) S. 56ff.

[4]) Rubensohn, Elephantine Papyri (1907). Dort S. 6ff. eine mit Abbildungen versehene vortreffliche Beschreibung.

jüdischen Texte zurückgehen, die höchstens Ausläufer echter Doppelurkundenformen darstellen. Diese frühptolemäischen griechischen Elephantine-Doppelurkunden setzen vielmehr anscheinend ganz selbständig als hellenistische Urkundenform ein. Denn auch in den demotisch-ägyptischen Papyri zeigt sich diese Form nach dem jetzigen Forschungsstand anscheinend nicht vor dem 3. Jahrhundert v. Chr.[1]) Es fehlt hier schon der zugewiesene Raum, um das jetzt vorliegende, in jüngster Zeit stark vermehrte Material an Papyrus-Doppelurkunden auszubreiten.[2]) Auch für die ohnehin mehrfach behandelte, nach dem neueren Stand der Quellenforschung[3]) bereits im 3. Jahrhundert v. Chr. einsetzende Entartung der vollkommenen Doppelurkunde genüge hier ein Hinweis auf die Literatur. Dagegen ist die Herkunft der gräko-ägyptischen Doppelurkunde noch immer ungeklärt. Es liegt nahe, daß die Forschung in steigendem Ausmaße bei der weiten Verbreitung der Doppelurkundenidee im Orient geneigt ist, die hellenistische Doppelurkunde auf orientalische Wurzel zurückzuführen.[4]) Dann würde den westlichen Kulturvölkern nur die Anpassung der beim Tontäfelchen praktizierten Technik auf die veränderten Beschreibstoffe von Papyrus, Wachstafel und Bronze zuzuweisen sein. Indes sind auch bereits von

---

[1]) Vgl. Möller bei Wilcken, Arch. Papyrusforsch. VI 370. Auch die Texte im großen Werk von Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum ägyptischen Bürgschaftsrechte (1920) weisen keine älteren Doppelurkunden auf. Vgl. Urk. 14; 22—24.

[2]) Eine einstweilige Zusammenstellung im Signumartikel. Aber eine schon vorlängst von Wilcken, Arch. Papyrusforsch. V 204 geforderte neue Durchsicht des ganzen Stoffes dürfte vielleicht noch manche übersehenen Doppelurkunden ans Licht bringen, jedenfalls aber den Überblick über das Anwendungsgebiet schärfen.

[3]) Schönbauer, diese Ztschr. XXXIX 224ff. 232ff. 237. Zustimmend Wilcken, Arch. Papyrusforsch. VI 367. 369; P. M. Meyer, Jurist. Papyri S. 102; Lewald, Griech. Papyri d. Univ. Frankfurt (S.-Ber. Heidelberg. Akad. 1920, 4. Abh.) S. 4.

[4]) Vgl. im einzelnen, natürlich verschieden bestimmt, zu solchen Zusammenhängen: H. Erman, Arch. Papyrusforsch. I 68ff.; Gerhard, diese Ztschr. XXVI 456f.; P. M. Meyer, Klio VI 452f.; Kipp, Gesch. d. Quellen [4] 178 [18]; Schorr, Urk. d. altbabyl. Zivil- u. Prozeßr. XXIf.; Schönbauer a. a. O. 243; Wilcken, Arch. Papyrusforsch. VI 369.

romanistischer und orientalischer Seite her Zweifel an diesen Zusammenhängen und wenigstens Mahnungen zur Vorsicht in der Beantwortung der Frage laut geworden.[1]) Weder die griechischen noch die demotischen Doppelurkunden zeigen nun einen Zusammenhang mit vorhellenistischen derartigen Urkundenformen. Für eine außerhalb Ägyptens geschriebene, wenngleich dort gefundene Sklavenkaufurkunde aus dem Ammoniterland, einen Text aus dem 3. Jahrhundert v. Chr.[2]), kann ein Zusammenhang mit orientalischer Sitte ebensowenig behauptet, als von vornherein in Abrede gestellt werden.[3]) Wer nun an der Zusammengehörigkeit der hellenistischen Doppelurkunde mit der babylonischen Hüllentafel und all ihren Ausläufern Zweifel hat, weil ihm der Zusammenhang unterbrochen zu sein scheint[4]), der für eine durch den Alexanderzug vermittelte Übernahme des orientalischen Rechtsinstituts in die griechische Rechtswelt angenommen werden muß, der wird, wenn er sich nicht bei der bloßen Skepsis begnügen will, eine griechische Wurzel der Doppelurkunde aufdecken wollen.

---

[1]) Mitteis, Röm. Privatr. 300; Rubensohn, Eleph. Pap. S. 8[3]; Koschaker, Krit. Viertelj. LII (1914) 412; ebenso San Nicolò in seinen mir einstweilen zur Verfügung gestellten brieflichen Mitteilungen.

[2]) Sie stammt aus *Βιρτᾶ τῆς Ἀμμανίτιδος* im Ostjordanland und findet sich unter den von Edgar, Annales du Service des Antiquités de l'Égypte XVIIIff. publizierten Texten aus dem Archiv des Zenon: Nr. 3 (a. a. O. XVIII S. 164ff.).

[3]) Indes werden wir auch diesen Papyrus wohl lieber zu den ägyptischen, als etwa in Beziehung zu den Doppelurkunden des Jeremias stellen dürfen. — Eine andere, auch in Ägypten gefundene, aber in Seleukia in Pierien verfaßte Kaufurkunde zeigt uns den Gebrauch der Doppelurkunde bei Soldaten in einem syrischen Winterlager, kommt aber wegen ihrer Jugend (166 n. Chr.) für unsere Frage kaum noch in Betracht. Vgl. auch die schon genannten Lederhandschriften aus Persisch-Kurdistan. Sie zeigen die konservativere Entwicklung, die der Hellenismus im ferneren Osten genommen hat, da sie 88 und 22 v. Chr. noch Träger einer vollen Außen- und Innenschrift sind, während in Ägypten die Entartung der Doppelurkunde schon längst eingesetzt hatte und weit vorgeschritten war. Vgl. Wilcken, Arch. Papyrusforsch. VI 370.

[4]) Vgl. oben. Am ehesten könnte noch ein Verbindungsfaden über die Doppelurkunden des Jeremias gefunden werden.

Auch in dieser Richtung sind schon Stimmen laut geworden[1]), doch steht eine Untersuchung des Rechts des griechischen Mutterlandes noch aus. Freilich könnte ein Beweis für griechischen Ursprung nur dann voll anerkannt werden, wenn Doppelurkunden in griechischen Freistaaten vor dem Alexanderzug nachweislich wären. Aber eine gewisse Bedeutung haben ja auch Texte aus späterer Zeit, zumal die Doppelurkunden nach dem bisherigen Stand unseres Wissens nur für die Diadochenstaaten auf orientalischem Boden bezeugt sind. Nun haben wir schon oben Doppelurkundenform für Gesetzesabschriften als plausibel angenommen. Ließe sich das erweitern, so käme man auch in voralexandrinische Zeit zurück, wenn man denselben Modus wie bei der genannten, übrigens schon aus dem Jahre 303 v. Chr. stammenden Inschrift (Dittenberger I³ 344) auch für frühere Gesetzesabschriftnahmen annehmen darf. Wenn bei einer als versiegelt überlieferten Urkunde Geheimhaltung gar nicht in Betracht kommt, so ist Doppelurkundenform von vornherein wahrscheinlich. So mag Aesch. Suppl. 946f.: *ταῦτ' οὐ πίναξίν ἐστιν ἐγγεγραμμένα οὐδ' ἐν πτυχαῖς βίβλων κατεσφραγισμένα, σαφῆ δ' ἀκούεις ἐξ ἐλευθεροστόμου γλώσσης* auf ein im Staatsarchiv erliegendes versiegeltes Exemplar des Gesetzes gehen: Geheimhaltung ist aber beim Gesetz zweckwidrig und bloße Untersiegelung des Originals im Archiv schützt wieder weniger gut als Versiegelung. Die Doppelurkunde dagegen käme beiden Bedürfnissen entgegen, da sie einen jederzeit zugänglichen/offenen und einen versiegelten Text bietet. Auch die gegenseitig auszutauschenden und in den Staatsarchiven zu hinterlegenden völkerrechtlichen Verträge mochten die Form von Doppelurkunden nahelegen.[2]) Und wo Beschlüsse verschiedener Art, namentlich Ehrendekrete, in Stein gehauen und öffentlich aufgestellt, aber auch in Abschrift den Beteiligten, insbesondere dem Geehrten selber mitgeteilt werden sollen, erfolgt diese

[1]) Vgl. Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht I 151²; Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum griech. Bürgschaftsrecht 640.

[2]) Vgl. den Vertrag zwischen Smyrna und Magnesia (c. 244 v. Chr.). Dittenberger, Or. Gr. Inscr. I 229; vgl. auch Dittenberger, Syll. II³ 647. 683; III³ 953.

romanistischer und orientalischer Seite her Zweifel an diesen Zusammenhängen und wenigstens Mahnungen zur Vorsicht in der Beantwortung der Frage laut geworden.[1]) Weder die griechischen noch die demotischen Doppelurkunden zeigen nun einen Zusammenhang mit vorhellenistischen derartigen Urkundenformen. Für eine außerhalb Ägyptens geschriebene, wenngleich dort gefundene Sklavenkaufurkunde aus dem Ammoniterland, einen Text aus dem 3. Jahrhundert v. Chr.[2]), kann ein Zusammenhang mit orientalischer Sitte ebensowenig behauptet, als von vornherein in Abrede gestellt werden.[3]) Wer nun an der Zusammengehörigkeit der hellenistischen Doppelurkunde mit der babylonischen Hüllentafel und all ihren Ausläufern Zweifel hat, weil ihm der Zusammenhang unterbrochen zu sein scheint[4]), der für eine durch den Alexanderzug vermittelte Übernahme des orientalischen Rechtsinstituts in die griechische Rechtswelt angenommen werden muß, der wird, wenn er sich nicht bei der bloßen Skepsis begnügen will, eine griechische Wurzel der Doppelurkunde aufdecken wollen.

---

[1]) Mitteis, Röm. Privatr. 300; Rubensohn, Eleph. Pap. S. 8[3]; Koschaker, Krit. Viertelj. LII (1914) 412; ebenso San Nicolò in seinen mir einstweilen zur Verfügung gestellten brieflichen Mitteilungen.

[2]) Sie stammt aus *Βιρτᾶ τῆς Ἀμμανίτιδος* im Ostjordanland und findet sich unter den von Edgar, Annales du Service des Antiquités de l'Égypte XVIIIff. publizierten Texten aus dem Archiv des Zenon: Nr. 3 (a. a. O. XVIII S. 164ff.).

[3]) Indes werden wir auch diesen Papyrus wohl lieber zu den ägyptischen, als etwa in Beziehung zu den Doppelurkunden des Jeremias stellen dürfen. — Eine andere, auch in Ägypten gefundene, aber in Seleukia in Pierien verfaßte Kaufurkunde zeigt uns den Gebrauch der Doppelurkunde bei Soldaten in einem syrischen Winterlager, kommt aber wegen ihrer Jugend (166 n. Chr.) für unsere Frage kaum noch in Betracht. Vgl. auch die schon genannten Lederhandschriften aus Persisch-Kurdistan. Sie zeigen die konservativere Entwicklung, die der Hellenismus im ferneren Osten genommen hat, da sie 88 und 22 v. Chr. noch Träger einer vollen Außen- und Innenschrift sind, während in Ägypten die Entartung der Doppelurkunde schon längst eingesetzt hatte und weit vorgeschritten war. Vgl. Wilcken, Arch. Papyrusforsch. VI 370.

[4]) Vgl. oben. Am ehesten könnte noch ein Verbindungsfaden über die Doppelurkunden des Jeremias gefunden werden.

Auch in dieser Richtung sind schon Stimmen laut geworden[1]), doch steht eine Untersuchung des Rechts des griechischen Mutterlandes noch aus. Freilich könnte ein Beweis für griechischen Ursprung nur dann voll anerkannt werden, wenn Doppelurkunden in griechischen Freistaaten vor dem Alexanderzug nachweislich wären. Aber eine gewisse Bedeutung haben ja auch Texte aus späterer Zeit, zumal die Doppelurkunden nach dem bisherigen Stand unseres Wissens nur für die Diadochenstaaten auf orientalischem Boden bezeugt sind. Nun haben wir schon oben Doppelurkundenform für Gesetzesabschriften als plausibel angenommen. Ließe sich das erweitern, so käme man auch in voralexandrinische Zeit zurück, wenn man denselben Modus wie bei der genannten, übrigens schon aus dem Jahre 303 v. Chr. stammenden Inschrift (Dittenberger I³ 344) auch für frühere Gesetzesabschriftnahmen annehmen darf. Wenn bei einer als versiegelt überlieferten Urkunde Geheimhaltung gar nicht in Betracht kommt, so ist Doppelurkundenform von vornherein wahrscheinlich. So mag Aesch. Suppl. 946f.: *ταῦτ' οὐ πίναξίν ἐστιν ἐγγεγραμμένα οὐδ' ἐν πτυχαῖς βίβλων κατεσφραγισμένα, σαφῆ δ' ἀκούεις ἐξ ἐλευθεροστόμου γλώσσης* auf ein im Staatsarchiv erliegendes versiegeltes Exemplar des Gesetzes gehen: Geheimhaltung ist aber beim Gesetz zweckwidrig und bloße Untersiegelung des Originals im Archiv schützt wieder weniger gut als Versiegelung. Die Doppelurkunde dagegen käme beiden Bedürfnissen entgegen, da sie einen jederzeit zugänglichen offenen und einen versiegelten Text bietet. Auch die gegenseitig auszutauschenden und in den Staatsarchiven zu hinterlegenden völkerrechtlichen Verträge mochten die Form von Doppelurkunden nahelegen.[2]) Und wo Beschlüsse verschiedener Art, namentlich Ehrendekrete, in Stein gehauen und öffentlich aufgestellt, aber auch in Abschrift den Beteiligten, insbesondere dem Geehrten selber mitgeteilt werden sollen, erfolgt diese

---

[1]) Vgl. Partsch, Griech. Bürgschaftsrecht I 151²; Sethe-Partsch, Demotische Urkunden zum griech. Bürgschaftsrecht 640.

[2]) Vgl. den Vertrag zwischen Smyrna und Magnesia (c. 244 v. Chr.). Dittenberger, Or. Gr. Inscr. I 229; vgl. auch Dittenberger, Syll. II³ 647. 683; III³ 953.

Mitteilung, deren Siegelung ausdrücklich erwähnt wird, wohl nicht bloß in Form einer versiegelten, sondern auch untersiegelten Urkunde, vielleicht eben wieder in Form einer Doppelurkunde mit unter- und versiegelter Innenschrift.[1]) Indes wir brauchen uns nicht bloß auf Vermutungen zu beschränken, wenn wir nach dem Vorkommen von Doppelurkunden im griechischen Freistaat fragen. Im Schiedsspruch der Knidier (Dittenberger, Syll. III[3] 953, 2. Jahrhundert v. Chr.) ist in der dort mitgeteilten Prozeßordnung für den Streit der Kalymnier mit Bürgern von Kos, den eben die Knidier zu schlichten berufen sind, auch das Verfahren bei Zeugnisabnahme von am Erscheinen im Termin verhinderten Zeugen geschildert (Z. 14ff.).[2]) Diese sogenannte *ἐγμαρτυρία* wird nun an einem bestimmten Tage in beiden gegnerischen Städten vor den beiderseitigen *προστάται* aufgenommen. Die Zeugenaussagen werden sodann mit dem Staatssiegel und nach Belieben der Parteien auch mit deren Privatsiegeln verschlossen. Z. 30ff.: *τοὶ δὲ προστάται τὰς μαρτυρίας τὰς ἐγμαρτυρηθείσας ἐπ' αὐτῶν ἐπισαμαινέσθω τᾶι δαμοσίαι σφραγῖδι, παρασαμαινέσθω δὲ καὶ τῶν ἀντιδίκων ὁ χρείζων, ἀντίγραφα δὲ διδόντω τοὶ προστάται ταυτᾶν τᾶν μαρτυριᾶν παραχρῆμα τοῖς ἀντιδίκοις.* Nun aber deutlich *ἀποστειλάντω δὲ τοὶ προστάται τᾶν μὲν ἐν Κῶι μαρτυρηθεισᾶν μαρτυριᾶν πασᾶν ἀντίγραφα, τὰ μὲν ἐσφραγισμένα τᾶι δαμοσίαι σφραγῖδι, τὰ δὲ ἀσφράγιστα, ἐπὶ τοὺς ἐν Καλύμναι* binnen 20 Tagen nach der *ἐκμαρτυρία*. Das entsprechende Verfahren gilt für die Gegenseite Z. 37ff. Auch die Prostatai der Kalymnier müssen von den vor ihnen vorgekommenen Zeugenaussagen *ἀντίγραφα* übersenden *τὰ μὲν ἐσφραγισμένα τᾶι δαμοσίαι σφραγῖδι, τὰ δὲ ἀσφράγιστα.* Hält man dazu die glänzende Ergänzung von Stellen aus dem Rev. L. Papyrus, die Wilcken[3]) an der Hand italienischer Papyri aus dem Archiv des Zenon gelungen

[1]) Versiegelung ist, mag man sich die Sache sonst wie immer denken und die Doppelurkundenform-Hypothese hier gelten lassen oder nicht, jedenfalls gegeben. Vgl. z. B. IG II 443; Collitz-Bechtel, SGDI II 2506. 2529; III 2, 4695. 5186. 5406.

[2]) Vgl. fürs attische Recht Lipsius III 886f., wonach Doppelurkundenform möglich wäre.

[3]) Arch. f. Papyrusforsch. VI 387ff. zu PSI IV 337.

ist, so ist die Deutung der gleichlautenden *ἀντίγραφα*, der *ἐσφραγισμένα* als Innen-, der *ἀσφράγιστα* als Außenurkunden kaum mehr zweifelhaft. Freilich auch dieser Text ist zu jung, um alexandrinischen Einfluß auszuschließen — wahrscheinlich ist mir freilich selbständige griechische Bildung —, doch wird man sich einstweilen lieber nicht festlegen wollen.

Von Doppelurkunden in der römischen Rechtswelt sind die in Bronze gegrabenen sog. Militärdiplome[1]) und die pompejanischen und siebenbürgischen Wachstafeln, wozu neuerdings einige ägyptische getreten sind, am bekanntesten. Aber der Gebrauch der Doppelurkunde im römischen Rechtsleben ist damit noch nicht erschöpft. Nur ein paar Schlagworte haben hier noch Platz.[2]) Außer bei privatrechtlichen Doppelurkunden auf Wachstafeln wird diese Beurkundungsform auch im Gebiete des öffentlichen Rechts verwertet. So (abgesehen vom bekannten Verwendungsgebiet in der Heeresverwaltung) zur Abschriftnahme aus verschiedenartigen Amtsakten oder amtlichen Aushängen. Eine Abschriftnahme aus einem angeschlagenen persischen Königserlaß (Buch Esth. IV 8) sagt zwar nichts über die Form des Vorganges, doch ist möglicherweise hier das persische Staatsrecht für das hellenistische vorbildlich gewesen. Von römischen Quellen z. B. die Abschrift des Senatus consultum de nundinis saltus Beguensis[3]) (138 n. Chr.): *descriptum et recognitum ex libro sententiarum in senatu dictarum Kari Iuni Nigri, C. Pomponi Camerini cos., in quo scripta erant Africani iura et id quod infra scriptum est* — jetzt folgt die Abschrift. Sodann Z. 26ff.: *Eodem exemplo de eadem re duae tabellae signitae sunt. Signatores: T. Flori Comini scribae, C. Iuli Fortunati scribae* und sieben weitere Zeugennamen im Genetiv, also Beischriften zu den Siegeln. Die *scribae* sind wohl freiwillig mithelfende Bureaubeamte, was an der rechtlichen Natur der privaten Abschrift übrigens

---

[1]) Zur bekannten Literatur die fördernde und klärende, aber auch die Revisionsbedürftigkeit der ganzen Lehre aufweisende Arbeit von Kubitscheck, Jahresber. österr. archäol. Instit. XVII 148ff.

[2]) Ausführlicher der Signumartikel. [3]) Bruns, Fontes S. 205f.

Mitteilung, deren Siegelung ausdrücklich erwähnt wird, wohl nicht bloß in Form einer versiegelten, sondern auch untersiegelten Urkunde, vielleicht eben wieder in Form einer Doppelurkunde mit unter- und versiegelter Innenschrift.[1]) Indes wir brauchen uns nicht bloß auf Vermutungen zu beschränken, wenn wir nach dem Vorkommen von Doppelurkunden im griechischen Freistaat fragen. Im Schiedsspruch der Knidier (Dittenberger, Syll. III[3] 953, 2. Jahrhundert v. Chr.) ist in der dort mitgeteilten Prozeßordnung für den Streit der Kalymnier mit Bürgern von Kos, den eben die Knidier zu schlichten berufen sind, auch das Verfahren bei Zeugnisabnahme von am Erscheinen im Termin verhinderten Zeugen geschildert (Z. 14ff.).[2]) Diese sogenannte *ἐγμαρτυρία* wird nun an einem bestimmten Tage in beiden gegnerischen Städten vor den beiderseitigen *προστάται* aufgenommen. Die Zeugenaussagen werden sodann mit dem Staatssiegel und nach Belieben der Parteien auch mit deren Privatsiegeln verschlossen. Z. 30ff.: *τοὶ δὲ προστάται τὰς μαρτυρίας τὰς ἐγμαρτυρηθείσας ἐπ' αὐτῶν ἐπισαμαινέσθω τᾶι δαμοσίαι σφραγῖδι, παρασαμαινέσθω δὲ καὶ τῶν ἀντιδίκων ὁ χρείζων, ἀντίγραφα δὲ διδόντω τοὶ προστάται ταυτᾶν τᾶν μαρτυριᾶν παραχρῆμα τοῖς ἀντιδίκοις.* Nun aber deutlich *ἀποστειλάντω δὲ τοὶ προστάται τᾶν μὲν ἐν Κῶι μαρτυρηθεισᾶν μαρτυριᾶν πασᾶν ἀντίγραφα, τὰ μὲν ἐσφραγισμένα τᾶι δαμοσίαι σφραγῖδι, τὰ δὲ ἀσφράγιστα, ἐπὶ τοὺς ἐν Καλύμναι* binnen 20 Tagen nach der *ἐκμαρτυρία.* Das entsprechende Verfahren gilt für die Gegenseite Z. 37ff. Auch die Prostatai der Kalymnier müssen von den vor ihnen vorgekommenen Zeugenaussagen *ἀντίγραφα* übersenden *τὰ μὲν ἐσφραγισμένα τᾶι δαμοσίαι σφραγῖδι, τὰ δὲ ἀσφράγιστα.* Hält man dazu die glänzende Ergänzung von Stellen aus dem Rev. L. Papyrus, die Wilcken[3]) an der Hand italienischer Papyri aus dem Archiv des Zenon gelungen

[1]) Versiegelung ist, mag man sich die Sache sonst wie immer denken und die Doppelurkundenform-Hypothese hier gelten lassen oder nicht, jedenfalls gegeben. Vgl. z. B. IG II 443; Collitz-Bechtel, SGDI II 2506. 2529; III 2, 4695. 5186. 5406.

[2]) Vgl. fürs attische Recht Lipsius III 886f., wonach Doppelurkundenform möglich wäre.

[3]) Arch. f. Papyrusforsch. VI 387ff. zu PSI IV 337.

ist, so ist die Deutung der gleichlautenden *ἀντίγραφα*, der *ἐσφραγισμένα* als Innen-, der *ἀσφράγιστα* als Außenurkunden kaum mehr zweifelhaft. Freilich auch dieser Text ist zu jung, um alexandrinischen Einfluß auszuschließen — wahrscheinlich ist mir freilich selbständige griechische Bildung —, doch wird man sich einstweilen lieber nicht festlegen wollen.

Von Doppelurkunden in der römischen Rechtswelt sind die in Bronze gegrabenen sog. Militärdiplome[1]) und die pompejanischen und siebenbürgischen Wachstafeln, wozu neuerdings einige ägyptische getreten sind, am bekanntesten. Aber der Gebrauch der Doppelurkunde im römischen Rechtsleben ist damit noch nicht erschöpft. Nur ein paar Schlagworte haben hier noch Platz.[2]) Außer bei privatrechtlichen Doppelurkunden auf Wachstafeln wird diese Beurkundungsform auch im Gebiete des öffentlichen Rechts verwertet. So (abgesehen vom bekannten Verwendungsgebiet in der Heeresverwaltung) zur Abschriftnahme aus verschiedenartigen Amtsakten oder amtlichen Aushängen. Eine Abschriftnahme aus einem angeschlagenen persischen Königserlaß (Buch Esth. IV 8) sagt zwar nichts über die Form des Vorganges, doch ist möglicherweise hier das persische Staatsrecht für das hellenistische vorbildlich gewesen. Von römischen Quellen z. B. die Abschrift des Senatus consultum de nundinis saltus Beguensis[3]) (138 n. Chr.): *descriptum et recognitum ex libro sententiarum in senatu dictarum Kari Iuni Nigri, C. Pomponi Camerini cos., in quo scripta erant Africani iura et id quod infra scriptum est* — jetzt folgt die Abschrift. Sodann Z. 26ff.: *Eodem exemplo de eadem re duae tabellae signitae sunt. Signatores: T. Flori Comini scribae, C. Iuli Fortunati scribae* und sieben weitere Zeugennamen im Genetiv, also Beischriften zu den Siegeln. Die *scribae* sind wohl freiwillig mithelfende Bureaubeamte, was an der rechtlichen Natur der privaten Abschrift übrigens

---

[1]) Zur bekannten Literatur die fördernde und klärende, aber auch die Revisionsbedürftigkeit der ganzen Lehre aufweisende Arbeit von Kubitscheck, Jahresber. österr. archäol. Instit. XVII 148ff.

[2]) Ausführlicher der Signumartikel. [3]) Bruns, Fontes S. 205f.

nichts änderte. Unter den Siegeln kann auch das eine oder andere nicht Zeugen, sondern der Partei, die die Abschriftnahme besorgt oder besorgen läßt, zugehören. Die Herstellung der von Zeugen als mit dem Original gleichlautend beglaubigten Abschrift erfolgt bei den Militärdiplomen und ebenso in einem Kairener Diptychon[1]) sicher in Doppelurkundenform. Nicht anders m. E. bei der obengenannten Senatsabschrift. Daß, wie Preisigke[2]) annimmt, „zwischen den Zeugensiegeln der Militärdiplome und den Zeugensiegeln der Bescheidabschriften ein wesentlicher Unterschied" bestehe, daß dort Verschluß der Innenschrift durch Versiegeln, hier Beglaubigung der Richtigkeit der Abschrift durch Untersiegeln Ziel der Aktion sei, kann nicht zugegeben werden. Weder gibt es eine Quelle, die eine Untersiegelung durch Zeugen direkt oder indirekt bewiese[3]), noch sind die vorgebrachten Wahrscheinlichkeitsgründe zutreffend, was ja mit dem Hinweis auf die leichte Fälschbarkeit offener Urkunden halb zugegeben wird. Die Sicherstellung der Gleichheit der Doppelabschrift mit dem Original kann gerade so gut durch Versiegelung der Innenurkunde nach erfolgter Kollationierung durch die Zeugen erfolgen: ja die Sicherung gegen Verfälschung ist so bei Berücksichtigung aller Fälschungsmöglichkeiten sogar besser gewährleistet.[4]) Auch das verschieden gedeutete *Signa* in der bekannten Inschrift von Skaptopara[5]) geht nach zwar nicht zweifelsfreier, aber m. E. doch nicht genügend er-

---

[1]) Publikation und Kommentar von Seymour de Ricci und Girard, Nouv. rev. histor. de droit XXX (1906), 477ff. Nr. 4, S. 483ff. = Bruns S. 420 = Wilcken, Chrestom. Nr. 212. Der Text bietet einen Auszug aus dem album professionum liberorum natorum (148 n. Chr.).

[2]) Die Inschrift von Skaptoparene (1917) 75f. Ihm folgt hierin auch Wilcken, Hermes LV 17[2].

[3]) Untersiegelung durch Zeugen scheint auch sonst unbekannt zu sein. Vgl. Mitteis, Privatrecht 302[46].

[4]) In diesem Sinne auch richtig früher schon Faaß, Arch. Urkundenforsch. I 207. 237[3]; von Heckel, ebd. 415ff., die alle Fälle einheitlich behandeln.

[5]) Ganz abgedruckt bei Mommsen, Jur. Schr. II 173ff., der lateinische Text auch bei Bruns S. 263ff.

schütterter Auffassung auf die Siegel der Zeugen der Abschriftnahme.[1])

Mit größter Wahrscheinlichkeit darf dann für die von den römischen Juristen ausgestellten Rechtsgutachten, ihre Responsen, Doppelurkundenform angenommen werden. Die *responsa* mußten bekanntlich seit Augustus *utique signata* sein (Dig. I 2, 2, 49), wenn Juristen mit dem *ius respondendi* sprachen. Da einerseits die Partei nicht ohne Kenntnis des Responsums bleiben konnte, anderseits das Responsum vor ihrem ändernden Zugriff gesichert bleiben mußte, war die Doppelurkundenform die gegebene.[2])

Ein weiteres, noch interessanteres Anwendungsgebiet für die Doppelurkunde bietet, wie auch schon gelegentlich von anderer Seite angedeutet[3]), das klassische Prozeßverfahren *per concepta verba*. Wlassaks Forschungen haben die Verwendung von Schriftstücken im klassischen Prozeß, und zwar einerseits der *concepta verba* als einer Vertragsurkunde der Parteien, anderseits des Judikationsbefehles seitens des Magistrats an den Geschworenen, außer jeden Zweifel gestellt. Die äußere Erscheinungsform dieser im Prozeß notwendigen Urkunden ist nun mangels originaler Überlieferung nur vermutungsweise erkennbar. An der Erkenntnis der inneren Zusammenhänge ändert ja auch das Äußere der Urkunden nichts. Gleichwohl wäre eine anschauliche Vorstellung hiervon nicht ganz gleichgültig. Es kann hier nicht mehr als die Vermutung hingestellt werden,

---

[1]) Vgl. Faaß a. a. O. 237. Nach Wilckens Annahme, Hermes LV 40, wäre unter *signa* auch Bezugnahme auf das kaiserliche Untersiegel mitverstanden. Otto, Arch. Papyrusforsch. VI 315f., geht noch weiter und denkt nur an Hinweis auf das kaiserliche Insiegel der abgeschriebenen Originalurkunde, bezieht also das Wort nicht auf das Abschriftnahmeprotokoll, ohne die Schwierigkeit der Erklärung des Plurals zu verkennen. Daß ich mit der älteren Deutung der *signa* nichts gegen Untersiegelung kaiserlicher Erlässe sagen will, ergibt sich auch aus dem bald folgenden Text.

[2]) Vgl. schon Karlowa, Rechtsgesch. I 660, der auf die zwei Möglichkeiten (versiegelte Doppelurkunden oder untersiegelte Urkunden) hinweist. Vgl. Krüger [2] 221 [3]; Kipp [4] 109f.; Bruns-Lenel, Enz. [7] I 360 Erman, diese Ztschr. XX 186.

[3]) Vgl. H. Erman, diese Ztschr. XVII 334f. zu Hor. Serm. II, 1, 86: *solventur risu tabulae, tu missus abibis.*



nichts änderte. Unter den Siegeln kann auch das eine oder andere nicht Zeugen, sondern der Partei, die die Abschriftnahme besorgt oder besorgen läßt, zugehören. Die Herstellung der von Zeugen als mit dem Original gleichlautend beglaubigten Abschrift erfolgt bei den Militärdiplomen und ebenso in einem Kairener Diptychon[1]) sicher in Doppelurkundenform. Nicht anders m. E. bei der obengenannten Senatsabschrift. Daß, wie Preisigke[2]) annimmt, „zwischen den Zeugensiegeln der Militärdiplome und den Zeugensiegeln der Bescheidabschriften ein wesentlicher Unterschied" bestehe, daß dort Verschluß der Innenschrift durch Versiegeln, hier Beglaubigung der Richtigkeit der Abschrift durch Untersiegeln Ziel der Aktion sei, kann nicht zugegeben werden. Weder gibt es eine Quelle, die eine Untersiegelung durch Zeugen direkt oder indirekt bewiese[3]), noch sind die vorgebrachten Wahrscheinlichkeitsgründe zutreffend, was ja mit dem Hinweis auf die leichte Fälschbarkeit offener Urkunden halb zugegeben wird. Die Sicherstellung der Gleichheit der Doppelabschrift mit dem Original kann gerade so gut durch Versiegelung der Innenurkunde nach erfolgter Kollationierung durch die Zeugen erfolgen: ja die Sicherung gegen Verfälschung ist so bei Berücksichtigung aller Fälschungsmöglichkeiten sogar besser gewährleistet.[4]) Auch das verschieden gedeutete *Signa* in der bekannten Inschrift von Skaptopara[5]) geht nach zwar nicht zweifelsfreier, aber m. E. doch nicht genügend er-

---

[1]) Publikation und Kommentar von Seymour de Ricci und Girard, Nouv. rev. histor. de droit XXX (1906), 477ff. Nr. 4, S. 483ff. = Bruns S. 420 = Wilcken, Chrestom. Nr. 212. Der Text bietet einen Auszug aus dem album professionum liberorum natorum (148 n. Chr.).

[2]) Die Inschrift von Skaptoparene (1917) 75f. Ihm folgt hierin auch Wilcken, Hermes LV 17[2].

[3]) Untersiegelung durch Zeugen scheint auch sonst unbekannt zu sein. Vgl. Mitteis, Privatrecht 302[46].

[4]) In diesem Sinne auch richtig früher schon Faaß, Arch. Urkundenforsch. I 207. 237[3]; von Heckel, ebd. 415ff., die alle Fälle einheitlich behandeln.

[5]) Ganz abgedruckt bei Mommsen, Jur. Schr. II 173ff., der lateinische Text auch bei Bruns S. 263ff.

schütterter Auffassung auf die Siegel der Zeugen der Abschriftnahme.[1])

Mit größter Wahrscheinlichkeit darf dann für die von den römischen Juristen ausgestellten Rechtsgutachten, ihre Responsen, Doppelurkundenform angenommen werden. Die *responsa* mußten bekanntlich seit Augustus *utique signata* sein (Dig. I 2, 2, 49), wenn Juristen mit dem *ius respondendi* sprachen. Da einerseits die Partei nicht ohne Kenntnis des Responsums bleiben konnte, anderseits das Responsum vor ihrem ändernden Zugriff gesichert bleiben mußte, war die Doppelurkundenform die gegebene.[2])

Ein weiteres, noch interessanteres Anwendungsgebiet für die Doppelurkunde bietet, wie auch schon gelegentlich von anderer Seite angedeutet[3]), das klassische Prozeßverfahren *per concepta verba*. Wlassaks Forschungen haben die Verwendung von Schriftstücken im klassischen Prozeß, und zwar einerseits der *concepta verba* als einer Vertragsurkunde der Parteien, anderseits des Judikationsbefehles seitens des Magistrats an den Geschworenen, außer jeden Zweifel gestellt. Die äußere Erscheinungsform dieser im Prozeß notwendigen Urkunden ist nun mangels originaler Überlieferung nur vermutungsweise erkennbar. An der Erkenntnis der inneren Zusammenhänge ändert ja auch das Äußere der Urkunden nichts. Gleichwohl wäre eine anschauliche Vorstellung hiervon nicht ganz gleichgültig. Es kann hier nicht mehr als die Vermutung hingestellt werden,

---

[1]) Vgl. Faaß a. a. O. 237. Nach Wilckens Annahme, Hermes LV 40, wäre unter *signa* auch Bezugnahme auf das kaiserliche Untersiegel mitverstanden. Otto, Arch. Papyrusforsch. VI 315f., geht noch weiter und denkt nur an Hinweis auf das kaiserliche Insiegel der abgeschriebenen Originalurkunde, bezieht also das Wort nicht auf das Abschriftnahmeprotokoll, ohne die Schwierigkeit der Erklärung des Plurals zu verkennen. Daß ich mit der älteren Deutung der *signa* nichts gegen Untersiegelung kaiserlicher Erlässe sagen will, ergibt sich auch aus dem bald folgenden Text.

[2]) Vgl. schon Karlowa, Rechtsgesch. I 660, der auf die zwei Möglichkeiten (versiegelte Doppelurkunden oder untersiegelte Urkunden) hinweist. Vgl. Krüger [2] 221 [3]; Kipp [4] 109f.; Bruns-Lenel, Enz. [7] I 360 Erman, diese Ztschr. XX 186.

[3]) Vgl. H. Erman, diese Ztschr. XVII 334f. zu Hor. Serm. II, 1, 86: *solventur risu tabulae, tu missus abibis.*



daß die Doppelurkunde, die einerseits einen offenen, stets zugänglichen Text, zugleich aber anderseits eine gegen Veränderung vollkommen geschützte versiegelte Innenschrift aufweist, die den Urkunden des Formularverfahrens obliegenden Funktionen zu erfüllen wohl geeignet wäre. Es würde dabei auch die Bedeutung der versiegelnden *testes* klar werden, deren Rolle bedeutend genug war, dem ganzen Akt der *litis contestatio* den Namen zu geben. Dachte man ganz selbstverständlich und sofort an eine von Zeugen versiegelte Doppelurkunde, deren Innentafel vor dem Judex eröffnet, die beste Beglaubigung der Echtheit der Formel war, so mochte eine wiederholte Erwähnung der Zeugen in den Quellen überflüssig scheinen und sich so das Schweigen der Quellen über den Zeugenaufruf erklären. Möglich, daß in der Doppelurkunde sogar Judikationsbefehl und Schriftformel technisch irgendwie vereinigt waren. Indes ich muß mir die nähere Ausführung dieser Hypothese hier, wie gesagt, versparen, dies um so mehr, als das eben während der Drucklegung dieser Zeilen mir zugehende neueste Buch Wlassaks zum römischen Prozeßrecht, das gerade den Judikationsbefehl zum Gegenstande hat, nicht mehr berücksichtigt werden kann.[1])

β) Die Untersiegelung schließt die Urkunde nicht ab, sie macht sie nicht unzugänglich und bietet, wenn überhaupt, so einen viel geringeren[2]) Schutz gegen Verfälschung als die Versiegelung. Die Beisetzung des Siegels unter die Urkunde soll diese beglaubigen, soll ihre Echtheit

---

[1]) Ich habe das Buch: Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse (Sitz.-Ber. Wien. Akad. CIIIC. 4. Abh. 1921) erst erhalten, nachdem die entsprechenden Bemerkungen im Signumartikel reingedruckt waren. Auch im vorliegenden Aufsatz aber kann das Buch nur gerade noch zitiert werden. Ich bemerke nur, daß die Geschichte der Doppelurkunde die Möglichkeit formeller Verschiedenheiten der Innen- und Außenschrift offen läßt. Daß ich angesichts der genannten gelehrten Neuerscheinung auf eilige Bemerkungen verzichte, wird verständlich sein. Aus Wlassaks neuem Buch zitiere ich nur bei erster Durchsicht S. 17. 111. 126. 243f.

[2]) Wenn sie in dieser Hinsicht überhaupt einen Schutz bietet, so höchstens einen moralischen, indem vielleicht ein Fälscher sich lieber an der nicht besiegelten Urkunde zu schaffen macht.



bezeugen. Die Untersiegelung gleicht in der Zielrichtung der Unterschrift. Sie ersetzt oder bestärkt diese. So erklärt sich auch die gelegentliche sprachliche Gleichsetzung von *signare* mit *scribere*. Eine Parallele dazu bietet das griechische *σημειοῦσϑαι*, und in koptischen Texten bedeutet „Sigill“ auch wohl einfach schlechthin den „Erlaß“.

Die Untersiegelung läßt sich für den örtlich, zeitlich und sachlich weitesten Umkreis erweisen.[1]) Zwar begegnen in orientalischen Quellen auch Zeugenuntersiegelungen[2]), aber hauptsächlich untersiegelt derjenige, welcher eine Verpflichtung eingeht, so der Freilasser, der Bürge, der Darlehensschuldner, der Verkäufer usw.[3]) Für die griechisch-römische Welt steht der Brauch der Untersiegelung nach dem jetzigen Forschungsstande fest. Er begegnet im privaten und im öffentlichen Recht.

Daß im attischen Recht privatrechtliche Urkunden untersiegelt werden, hat Bonner m. E. genügend klargestellt.[4]) Für die Untersiegelung in pompejanischen Urkunden ist nach der Entdeckung Zangemeisters und nach H. Ermans weiteren Untersuchungen der gegenwärtige Forschungsstand von Mitteis, Röm. Privatrecht 302 festgelegt. In ptolemäischen Doppelurkunden auf Papyrus ist neben der Versiegelung der Innenurkunde auch deren Untersiegelung für eine Reihe von Fällen von Wilcken[5]) aufgezeigt worden. Doch versprechen hier weitere Untersuchungen wohl noch weitere Ergebnisse. Auch sonst werden im Gebiete des römischen Privatrechtslebens

---

[1]) Ich habe das Material im Signumartikel unter VI 3b zusammengefaßt, soweit es mir augenblicklich zugänglich war.

[2]) Schorr, Urk. d. altbabyl. Zivil- u. Prozeßrechts S. XLII und zum Zeugnis des mitwirkenden Siegelschneiders in Nippur San Nicolò, Altbabylon. Kauf- und Tauschverträge (erscheint 1922) 23[40]. Vgl. Kohler-Ungnad, Hundert ausgewählte Rechtsurkunden aus der Spätzeit des babylon. Schrifttums (485—93 v. Chr.) S. 73 und von den dort zitierten Urkunden etwa gleich Nr. 2. 3.

[3]) Belege bei Schorr XLIff.

[4]) Attic Seals 406f. gegen Lipsius' gegenteilige Meinung, Att. R. I 105[206]; II 2, 570[84]. Dem. XXXV (c. Lacrit.) 15. XLI (c. Spud.) 9. 21f. geben m. E. Bonner recht.

[5]) Arch. Papyrusforsch. IV 529.

daß die Doppelurkunde, die einerseits einen offenen, stets zugänglichen Text, zugleich aber anderseits eine gegen Veränderung vollkommen geschützte versiegelte Innenschrift aufweist, die den Urkunden des Formularverfahrens obliegenden Funktionen zu erfüllen wohl geeignet wäre. Es würde dabei auch die Bedeutung der versiegelnden *testes* klar werden, deren Rolle bedeutend genug war, dem ganzen Akt der *litis contestatio* den Namen zu geben. Dachte man ganz selbstverständlich und sofort an eine von Zeugen versiegelte Doppelurkunde, deren Innentafel vor dem Judex eröffnet, die beste Beglaubigung der Echtheit der Formel war, so mochte eine wiederholte Erwähnung der Zeugen in den Quellen überflüssig scheinen und sich so das Schweigen der Quellen über den Zeugenaufruf erklären. Möglich, daß in der Doppelurkunde sogar Judikationsbefehl und Schriftformel technisch irgendwie vereinigt waren. Indes ich muß mir die nähere Ausführung dieser Hypothese hier, wie gesagt, versparen, dies um so mehr, als das eben während der Drucklegung dieser Zeilen mir zugehende neueste Buch Wlassaks zum römischen Prozeßrecht, das gerade den Judikationsbefehl zum Gegenstande hat, nicht mehr berücksichtigt werden kann.[1])

β) Die Untersiegelung schließt die Urkunde nicht ab, sie macht sie nicht unzugänglich und bietet, wenn überhaupt, so einen viel geringeren[2]) Schutz gegen Verfälschung als die Versiegelung. Die Beisetzung des Siegels unter die Urkunde soll diese beglaubigen, soll ihre Echtheit

---

[1]) Ich habe das Buch: Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse (Sitz.-Ber. Wien. Akad. CIIIC. 4. Abh. 1921) erst erhalten, nachdem die entsprechenden Bemerkungen im Signumartikel reingedruckt waren. Auch im vorliegenden Aufsatz aber kann das Buch nur gerade noch zitiert werden. Ich bemerke nur, daß die Geschichte der Doppelurkunde die Möglichkeit formeller Verschiedenheiten der Innen- und Außenschrift offen läßt. Daß ich angesichts der genannten gelehrten Neuerscheinung auf eilige Bemerkungen verzichte, wird verständlich sein. Aus Wlassaks neuem Buch zitiere ich nur bei erster Durchsicht S. 17. 111. 126. 243f.

[2]) Wenn sie in dieser Hinsicht überhaupt einen Schutz bietet, so höchstens einen moralischen, indem vielleicht ein Fälscher sich lieber an der nicht besiegelten Urkunde zu schaffen macht.



bezeugen. Die Untersiegelung gleicht in der Zielrichtung der Unterschrift. Sie ersetzt oder bestärkt diese. So erklärt sich auch die gelegentliche sprachliche Gleichsetzung von *signare* mit *scribere*. Eine Parallele dazu bietet das griechische *σημειοῦσθαι*, und in koptischen Texten bedeutet „Sigill" auch wohl einfach schlechthin den „Erlaß".

Die Untersiegelung läßt sich für den örtlich, zeitlich und sachlich weitesten Umkreis erweisen.[1]) Zwar begegnen in orientalischen Quellen auch Zeugenuntersiegelungen[2]), aber hauptsächlich untersiegelt derjenige, welcher eine Verpflichtung eingeht, so der Freilasser, der Bürge, der Darlehensschuldner, der Verkäufer usw.[3]) Für die griechisch-römische Welt steht der Brauch der Untersiegelung nach dem jetzigen Forschungsstande fest. Er begegnet im privaten und im öffentlichen Recht.

Daß im attischen Recht privatrechtliche Urkunden untersiegelt werden, hat Bonner m. E. genügend klargestellt.[4]) Für die Untersiegelung in pompejanischen Urkunden ist nach der Entdeckung Zangemeisters und nach H. Ermans weiteren Untersuchungen der gegenwärtige Forschungsstand von Mitteis, Röm. Privatrecht 302 festgelegt. In ptolemäischen Doppelurkunden auf Papyrus ist neben der Versiegelung der Innenurkunde auch deren Untersiegelung für eine Reihe von Fällen von Wilcken[5]) aufgezeigt worden. Doch versprechen hier weitere Untersuchungen wohl noch weitere Ergebnisse. Auch sonst werden im Gebiete des römischen Privatrechtslebens

---

[1]) Ich habe das Material im Signumartikel unter VI 3b zusammengefaßt, soweit es mir augenblicklich zugänglich war.

[2]) Schorr, Urk. d. altbabyl. Zivil- u. Prozeßrechts S. XLII und zum Zeugnis des mitwirkenden Siegelschneiders in Nippur San Nicolò, Altbabylon. Kauf- und Tauschverträge (erscheint 1922) 23[40]. Vgl. Kohler-Ungnad, Hundert ausgewählte Rechtsurkunden aus der Spätzeit des babylon. Schrifttums (485—93 v. Chr.) S. 73 und von den dort zitierten Urkunden etwa gleich Nr. 2. 3.

[3]) Belege bei Schorr XLIff.

[4]) Attic Seals 406f. gegen Lipsius' gegenteilige Meinung, Att. R. I 105[205]; II 2, 570[84]. Dem. XXXV (c. Lacrit.) 15. XLI (c. Spud.) 9. 21f. geben m. E. Bonner recht.

[5]) Arch. Papyrusforsch. IV 529.

Untersiegelungen vorgekommen sein.[1]) **Zeugenuntersiegelung** ist, wie schon bemerkt, dagegen nicht sicher.[2]) Bedenkt man aber das Alter der pompejanischen Urkunden, dann die Tatsache, daß die erweislich untersiegelten Papyri sogar der ptolemäischen Zeit angehören, während schon die römischen und vollends die byzantinischen Privaturkunden auf Papyrus wenigstens jetzt kein Untersiegel mehr aufweisen, hält man dazu die oben erwähnte terminologische Beobachtung von *signare* = *scribere* und die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden, so kommt man freilich für die Privaturkunde, wenigstens der byzantinischen Epoche, zur Auffassung, daß die Untersiegelung neben der Unterschrift höchstens eine sekundäre Rolle gespielt hat, kaum anders als heutzutage. „Das Siegel, das als bildliches Zeichen auch dem Schriftunkundigen verständlich ist, wurde minder notwendig, als in spätrömischer Zeit jeder Gebildete lesen und schreiben konnte. So ist die siegellose spätrömische Privaturkunde das Produkt der hochentwickelten antiken Kultur." Und nach der Rezeption dieser siegellosen Urkunde durch die germanischen Völker „blieb die Privaturkunde in Italien dauernd, diesseits der Alpen für Jahrhunderte siegellos".[3])

Auf **öffentlich-rechtlichem** Gebiete hat die Untersiegelung in der Antike weiteste Anwendung gehabt und behalten. Das **Staatssiegel** (*δημοσία σφραγίς*) in den griechischen Freistaaten, das **Königssiegel** in orientalischen und hellenistischen Reichen ist bekannt und kann freilich a priori für Versiegelung ebenso in Betracht kommen wie für Untersiegelung. Müssen wir in vielen Fällen uns mit Wahrscheinlichkeitsargumenten bescheiden, so lassen sich auch hinreichend sichere Belege für Untersiegelung fürs hellenistische Staatsrecht der Ptolemäer und fürs römische

---

[1]) Was sich da sagen läßt, verdanken wir der umsichtigen Arbeit von H. **Erman**, diese Ztschr. XX 183ff.

[2]) **Mitteis**, Röm. Privatr. 302[46]. Vgl. freilich Cod. Just. VIII 40, 6 und V 37, 15.

[3]) Ich zitiere da O. **Redlich**, Die Privaturkunden des Mittelalters (Urkundenlehre von **Erben**, **Schmitz-Kallenberg**, **Redlich** III. Teil, 1911) S. 105.

der Kaiser beibringen. Es genüge, hier auf neue Arbeiten von Wilcken[1]) und Otto[2]) zu verweisen, denen auch der Jurist viel Wertvolles verdankt. Dabei kommt es wenig darauf an, ob man in der Beurteilung der Einzelstellen durchwegs zustimmen wird oder nicht.[3]) Für Untersiegelung von weniger hervorragenden Verwaltungsakten durch niedere Beamte fehlt es nicht an Belegen. Das meiste haben auch hier die Papyri beigesteuert. Ich denke etwa an die Siegel unter Opfersteuer- und Zollquittungen (z. B. BGU II 463, 148 n. Chr.; III 764f., 3. Jahrhundert) oder an das bekannte Siegel des Strategen unter einem Vorführungsbefehl im P. Gen. 102.[4]) Ein großes, auch in dieser Hinsicht nicht annähernd ausgeschöpftes Material bieten Verwaltungsakten aus arabischer Zeit, wie sie im Führer durch die Ausstellung des P. Erzherzog Rainer in großer Zahl von Karabacek (S. 131ff.) beschrieben sind. Auch der vierte und fünfte Band der Londoner Papyri helfen sehr weiter, und der verdienstvolle Herausgeber[5]) wird trotz der mangelhaften Überlieferung mit der allgemeinen Bemerkung für die Briefe des Gouverneurs recht haben: „Each letter was sealed at the foot; and after it had been rolled up it was no doubt bound with cord and sealed.“ Also untersiegelt und versiegelt. Nur einen Text möchte ich nennen, den Führer Nr. 556 beschriebenen Requisitionsbefehl Amrus, des Eroberers von Ägypten. Das

---

[1]) Hermes LV 7 u. ö.

[2]) Arch. Papyrusforsch. VI 314ff. Vgl. auch schon Erman, diese Ztschr. XX 187ff. Aus abgelegenem Quellenkreis vgl. die Siegel verschiedener Personen, wohl Beamter, statt ihrer Unterschriften auf öffentlich-rechtlichen Erlässen bei Rhodokanakis, Katabanische Texte zur Bodenwirtschaft (Sitz.-Ber. Akad. Wien CXCIV, 2. Abh. 1919) 56 für Südarabien. Sonst gegenzeichnet da der Staatsnotar die königliche Unterschrift, was an das bekannte *rescripsi recognovi* erinnert. Über die grundsätzliche Vergleichbarkeit des südarabischen Rechts mit dem ptolemäischen vgl. Rhodokanakis, Die Bodenwirtschaft im alten Südarabien. Anz. Akad. Wien 1916 Nr. XXVI S. 27; zur ganzen Frage eingehend Tkač, Art. Saba in Pauly-Wissowa, Realenz. Bd. I A S. 1298ff.

[3]) Einiges darüber im Signumartikel VI 3bγ.

[4]) Nicole, Le cachet du stratège etc. Arch. Papyrusforsch. III 226ff.

[5]) Bell, Lond. IV S. XLII.

Untersiegelungen vorgekommen sein.[1]) Zeugenuntersiegelung ist, wie schon bemerkt, dagegen nicht sicher.[2]) Bedenkt man aber das Alter der pompejanischen Urkunden, dann die Tatsache, daß die erweislich untersiegelten Papyri sogar der ptolemäischen Zeit angehören, während schon die römischen und vollends die byzantinischen Privaturkunden auf Papyrus wenigstens jetzt kein Untersiegel mehr aufweisen, hält man dazu die oben erwähnte terminologische Beobachtung von *signare* = *scribere* und die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden, so kommt man freilich für die Privaturkunde, wenigstens der byzantinischen Epoche, zur Auffassung, daß die Untersiegelung neben der Unterschrift höchstens eine sekundäre Rolle gespielt hat, kaum anders als heutzutage. „Das Siegel, das als bildliches Zeichen auch dem Schriftunkundigen verständlich ist, wurde minder notwendig, als in spätrömischer Zeit jeder Gebildete lesen und schreiben konnte. So ist die siegellose spätrömische Privaturkunde das Produkt der hochentwickelten antiken Kultur." Und nach der Rezeption dieser siegellosen Urkunde durch die germanischen Völker „blieb die Privaturkunde in Italien dauernd, diesseits der Alpen für Jahrhunderte siegellos".[3])

Auf öffentlich-rechtlichem Gebiete hat die Untersiegelung in der Antike weiteste Anwendung gehabt und behalten. Das Staatssiegel (*δημοσία σφραγίς*) in den griechischen Freistaaten, das Königssiegel in orientalischen und hellenistischen Reichen ist bekannt und kann freilich a priori für Versiegelung ebenso in Betracht kommen wie für Untersiegelung. Müssen wir in vielen Fällen uns mit Wahrscheinlichkeitsargumenten bescheiden, so lassen sich auch hinreichend sichere Belege für Untersiegelung fürs hellenistische Staatsrecht der Ptolemäer und fürs römische

---

[1]) Was sich da sagen läßt, verdanken wir der umsichtigen Arbeit von H. Erman, diese Ztschr. XX 183ff.

[2]) Mitteis, Röm. Privatr. 302[46]. Vgl. freilich Cod. Just. VIII 40, 6 und V 37, 15.

[3]) Ich zitiere da O. Redlich, Die Privaturkunden des Mittelalters (Urkundenlehre von Erben, Schmitz-Kallenberg, Redlich III. Teil, 1911) S. 105.

der Kaiser beibringen. Es genüge, hier auf neue Arbeiten von Wilcken[1]) und Otto[2]) zu verweisen, denen auch der Jurist viel Wertvolles verdankt. Dabei kommt es wenig darauf an, ob man in der Beurteilung der Einzelstellen durchwegs zustimmen wird oder nicht.[3]) Für Untersiegelung von weniger hervorragenden Verwaltungsakten durch niedere Beamte fehlt es nicht an Belegen. Das meiste haben auch hier die Papyri beigesteuert. Ich denke etwa an die Siegel unter Opfersteuer- und Zollquittungen (z. B. BGU II 463, 148 n. Chr.; III 764f., 3. Jahrhundert) oder an das bekannte Siegel des Strategen unter einem Vorführungsbefehl im P. Gen. 102.[4]) Ein großes, auch in dieser Hinsicht nicht annähernd ausgeschöpftes Material bieten Verwaltungsakten aus arabischer Zeit, wie sie im Führer durch die Ausstellung des P. Erzherzog Rainer in großer Zahl von Karabacek (S. 131ff.) beschrieben sind. Auch der vierte und fünfte Band der Londoner Papyri helfen sehr weiter, und der verdienstvolle Herausgeber[5]) wird trotz der mangelhaften Überlieferung mit der allgemeinen Bemerkung für die Briefe des Gouverneurs recht haben: „Each letter was sealed at the foot; and after it had been rolled up it was no doubt bound with cord and sealed.“ Also untersiegelt und versiegelt. Nur einen Text möchte ich nennen, den Führer Nr. 556 beschriebenen Requisitionsbefehl Amrus, des Eroberers von Ägypten. Das

---

[1]) Hermes LV 7 u. ö.

[2]) Arch. Papyrusforsch. VI 314ff. Vgl. auch schon Erman, diese Ztschr. XX 187ff. Aus abgelegenem Quellenkreis vgl. die Siegel verschiedener Personen, wohl Beamter, statt ihrer Unterschriften auf öffentlich-rechtlichen Erlässen bei Rhodokanakis, Katabanische Texte zur Bodenwirtschaft (Sitz.-Ber. Akad. Wien CXCIV, 2. Abh. 1919) 56 für Südarabien. Sonst gegenzeichnet da der Staatsnotar die königliche Unterschrift, was an das bekannte *rescripsi recognovi* erinnert. Über die grundsätzliche Vergleichbarkeit des südarabischen Rechts mit dem ptolemäischen vgl. Rhodokanakis, Die Bodenwirtschaft im alten Südarabien. Anz. Akad. Wien 1916 Nr. XXVI S. 27; zur ganzen Frage eingehend Tkač, Art. Saba in Pauly-Wissowa, Realenz. Bd. I A S. 1298ff.

[3]) Einiges darüber im Signumartikel VI 3bγ.

[4]) Nicole, Le cachet du stratège etc. Arch. Papyrusforsch. III 226ff.

[5]) Bell, Lond. IV S. XLII.

Siegel[1]) ist ein Tonsiegel mit dem Bild eines stoßenden Stiers. Auch von den obengenannten Bullen müssen wir die Möglichkeit der Verwendung der Siegel als Untersiegel, nicht als Verschlußsiegel, mit in Betracht ziehen, wenn nicht eben beide Siegelungen zugleich vorliegen.

So wie die Entwicklung des arabischen Siegelwesens als Fortsetzung des byzantinischen, ist auch die frühmittelalterliche abendländische Entwicklung noch nicht hinreichend bekannt.[2]) Möge die mittelalterliche Urkundenforschung das von der antiken Quellengeschichte bereitzustellende Material mit ihrer so viel älteren und fein durchbildeten diplomatischen Methode erfassen. Die Grundzüge dürften nach dem Gesagten feststehen, aber im einzelnen wird noch viel Arbeit zu tun sein.

---

[1]) Vgl. die Schlußvignette Führer S. 136.

[2]) Vgl. über das Schwanken im Gebrauch der Untersiegel im Frühmittelalter Bresslau, Handb. d. Urkundenlehre I² 681 ff., wo aber die Bemerkung, daß von den Merowinger Königsurkunden auch die auf Papyrus unbesiegelt waren (S. 687), nach von Heckels freundlicher Mitteilung nicht zutrifft. Vgl. Ph. Lauer-Ch. Samaran, Les diplômes originaux des Mérovingiens (Paris 1908). Preface de Maurice Prou S. VIII.

Miszellen.

[Die Verleihung des römischen Bürgerrechtes an die Einwohner von Volubilis.] Bei den Ausgrabungen in Marokko wurde folgende, zuerst in den Comptes rendus der französischen Akademie 1915, 396, dann im Journal des savants 1917, 480, 538 mit Kommentar von Cuq veröffentlichte Inschrift gefunden, welche uns einen Einblick in den Hergang bei der Verleihung des römischen Bürgerrechts an eine peregrinische Gemeinde gewährt.

1 M. Val(erio) Bostaris 2 f(ilio), Gal(eria) (tribu), Severo, 3 aed(ili), sufeti duumvir(o), 4 flamini primo 5 in municipio suo, 6 praef(ecto) auxilior(um) adversus Aedemonem 7 oppressum bello. 8 Huic ordo municipii Volub(ilitani) ob merita 9 erga rem pub(licam) et legationem 10 bene gestam, qua ab divo 11 Claudio civitatem Romanam 12 et conubium cum peregrinis 13 mulieribus, immunitatem 14 annor(um) X incolas, bona civium bello interfectorum, 15 quorum heredes 16 non extabant, suis impetravit. 17 Fabia Bira Izeltae f(ilia), uxor, indulgentissimo 18 viro, honore usa, impensam 19 remisit 20 et d(e) s(ua) p(ecunia) d(edit) d(e)d(icavit)

Z. 14 lies: incolis.

Die hier erscheinende Stadtgemeinde Volubilis lag in der Provinz Mauretania, und ist eine jener ursprünglich punischen Niederlassungen, die noch relativ spät ihre Obrigkeit, wie in unserer Inschrift, als Sufeten bezeichnen.[1] — Unrömisch sind auch die einheimischen Namen Bostar, Bira, Izelta. — Das Alter der Inschrift ist dadurch festgelegt, daß Kaiser Claudius als divus bezeichnet wird.[2] Sie stammt also aus der Zeit nach dem Jahre 54 n. Chr. und gilt der Ehrung des M. Valerius wegen seiner Verdienste um die Stadt und insbesondere seiner Gesandtschaft, durch welche (qua) er mehrere Begünstigungen bei Kaiser Claudius erwirkte. Diese liegen zunächst in einer für die incolae durchgesetzten Immunität auf zehn Jahre — wohl von den munera personarum, denn bei den munera patrimonii findet eine zeitliche Beschränkung grundsätzlich nicht statt. — Gleichzeitig erhalten nun die Neubürger die Ehegemeinschaft mit peregrinen

[1]) Mommsen, Römische Geschichte V[5], 1904, 644.

[2]) Mommsen, Juristische Schriften II 155. Fitting, Alter und Folge der Schriften der römischen Juristen[2] 1908, 1 f.

Frauen, wobei wohl an die bereits bestehenden ehelichen Verhältnisse gedacht ist. Dies hängt damit zusammen, daß die Verleihung der römischen Zivität an den Mann die peregrinische Ehegemeinschaft löst. Deswegen wird von den Neubürgern, insbesondere von den Veteranen stets gleichzeitig um Verleihung des Conubiums mit ihren bisherigen Ehefrauen angesucht. Zweimal erwähnt dies Gaius (I 57, 94), es ist die gleiche Verfügung, wie sie uns die Inschrift von Volubilis zeigt. Merkwürdig, aber doch wohl nur eine raumsparende Übergehung ist, daß der Verleihung der patria potestas über die Kinder, um die besonders nachzusuchen war, nicht gedacht ist (Gaius I 93, 94; II 135a; III 20. Coll. 16. 7, 2). Hingegen das römische Bürgerrecht erhielten die auxiliari bis 146 bei der Entlassung für sich, ihre liberi posterique, nicht aber ihre Frauen, mitverliehen.[1])

Der Krieg fiel natürlich vor die Verleihung der römischen Zivität, die sich als eine Belohnung für die darin bewährte Treue darstellt. Wenn die Gefallenen schon als cives bezeichnet werden, so ist dies wohl proleptisch zu verstehen. Die sui, denen das Vermögen der gefallenen Mitbürger zukommt, sind die Gemeindeangehörigen von Volubilis, eine Bezeichnung, die mit dem sonstigen juristischen Sprachgebrauch übereinstimmt.[2]) Der Grund, der für dieses Heimfallsrecht angegeben wird, ist, daß bei ihnen „heredes non extabant" (Z. 15, 16), wonach also ihr Nachlaß hätte dem Fiskus zufallen müssen. Wir können nicht behaupten, daß dies eine allgemeine und unausweichliche Folge des Erwerbes des römischen Bürgerrechtes gewesen ist. Allerdings kann der Provinziale, der römischer Bürger geworden ist, von seinen nicht zum Bürgerrecht gelangten Verwandten nicht beerbt werden.[3]) Aber daraus folgt nicht, daß auch er sie nicht beerben kann; es ist quaestio facti, ob das uns in diesem Falle unbekannte peregrinische Recht die Erbschaft auch Fremden zufallen läßt. Wir wußten ferner bereits aus einem diokletianischen Reskript, daß Stadtgemeinden Privilegien dieses Inhalts zum Schaden des Fiskus geltend zu machen suchten[4]); Plinius der Jüngere erwähnt sogar ein an Nicaea angeblich schon von Kaiser Augustus verliehenes Heimfallsrecht auf den Nachlaß eines jeden ohne Testament verstorbenen Mitbürgers[5]), also noch wesentlich weitergehend als die von Diokletian verworfenen Privi-

---

[1]) P. M. Meyer, Juristische Papyri 1921, 328, 329; Ztschr. für vergleichende Rechtswissenschaft 39, 1921, 229, 235 f.

[2]) Pap. D. 50, 5, 8, 5: Qui maximos principes appellavit etc., ab honoribus et civilibus muneribus apud suos excusatur. Zu suus namentlich Lachmann, Commentarius in T. Lucretii Cari de rerum natura libros 1850, 94, 95.

[3]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 1891, 158.

[4]) C. 10, 10, 1: ... nec civitates audiendas, quae sibi earum (scil. intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint) vindicandarum ius veluti ex permissu vindicare nituntur, dazu Cuq a. a. O. 496.

[5]) Plinius epistulae 10, 84 (88): ... Nicaeensibus, qui intestatorum civium suorum concessam vindicationem bonorum a Divo Augusto adfirmant

legien, die nur erblose Vermögen in Anspruch nehmen. — Obwohl nun die Urkunde von Volubilis, ebenso wie sie den Incolae die Immunität nur auf Zeit gewährt, auch bloß einen aus bestimmtem Anlasse und nur für dieses eine Mal ergangenen Verzicht auf das Kaduzitätsrecht darstellt, so zeigt sie uns doch, daß in dieser Beziehung ähnliche Vorgänge, wie im Osten des Reiches, den allein nach bekannten Regeln die diokletianischen Reskripte betreffen[1]), auch im Westen stattgefunden haben. Egon Weiß.

[Ἐπιγονή = in der χώρα (also nicht in Alexandrien) geborene Soldatenkinder?] Diese neue, von Wilcken, Arch. f. Papyrusforschung VI 368 unter Billigung P. M. Meyers, Zeitschr. f. vergleich. Rechtswiss 39 (1921) S. 266 aufgestellte ἐπιγονή-Theorie wurde in meinen Persern (oben S. 186) nur gestreift, eine kurze Auseinandersetzung mit ihr dürfte am Platz sein.

Wilcken stützt seine Theorie auf eine Transkription Griffith', der P. Ryl. III 21, 6 f. (S. 278) übersetzt „Grieche geboren in Ägypten[2]) unter den Deszendenten der στρατιῶται." Diese Transkription wird von Sethe, Nachr. Gött. Ges. 1916 S. 127 Anm. 1 verworfen, der liest „geboren in Ägypten von den Kindern des Stratides" (o. ä.), nach Wilcken von Möller aber aus sprachlichen Gründen verteidigt. Ob die Übersetzung Griffith' oder die Sethes das Richtige trifft, wird die Zukunft weisen, es wird sich ja zeigen, ob die „Kinder des Stratides" vereinzelt bleiben oder sich noch in anderen Urkunden finden werden, in welchem Falle Sethe seine Lesart wohl aufgeben müßte. In der Sache selbst ist schon heute daran zu erinnern, daß nach meinen Darlegungen die ἐπιγονή in einem gewissen Sinne tatsächlich die Nachkommenschaft von στρατιῶται gewesen ist. Die ἐπιγονή ist, wie ich S. 187 glaube gezeigt zu haben, die fremdstämmige Kolonistenschaft, deren Stammeltern wohl meist als Militärs in das unglückliche Land gekommen waren. Insofern hat Wilcken also zweifellos recht, descendents of the στρατιῶται, wie Griffith übersetzt, ist die ἐπιγονή wohallermeist gewesen.

Durch die Griffthsche Transkription keineswegs gefordert und entschieden abzulehnen aber ist es, wollte man in der ἐπιγονή nur die unmittelbaren Nachkommen des Soldaten und nicht mehr seine entfernteren Deszendenten erblicken, was vielleicht schon Wilcken und jedenfalls Meyer tut, der klipp und klar erklärt: „zur ἐπιγονή gerechnet

[1]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 1891, 11. — Zum Heimfallsrecht des Fiskus nach der lex Julia caducaria und § 3 des Gnomons des Ἴδιος λόγος Lenel-Partsch, S.-B. Heidelberger Akademie der Wissenschaften 1920, 1, 11 f.

[2]) Daß das demotische „geboren in Ägypten" (ms n kmj) dem griechischen τῆς ἐπιγονῆς entspricht, ist übrigens nicht eine Entdeckung Griffith', sondern war schon der älteren Ägyptologie bekannt, vgl. die Nachweise oben S. 186.

werden die in Ägypten geborenen Nichtägypter, deren Vater στρατιώτης (und die selber keine Soldaten waren)." Das ist wohl unrichtig. Man wird zwar annehmen können (aber gewiß ist auch das nicht, vgl. Punkt 3 der Anm. 1 von S. 187), daß die Deszendenz des Soldaten etwa mit der πολίτευμα-Bezeichnung Μακεδών in die makedonische ἐπιγονή fiel, und gewiß wird in vielen Fällen noch der Vater des Epigonen in der Armee gedient haben. Belege dafür finden sich in den Urkunden genug. Aber daß ἐπιγονή nur war, wessen Vater Soldat war, und es nicht genügt hätte, daß Großvater oder Urahn es waren, hält schwer zu glauben. Die zahlreichen Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς, die uns in allen, nur nicht in militärischen Berufen noch in römischer Zeit begegnen, sind schwerlich Soldatenkinder gewesen, die römische Armee war den Provinzialen ja im wesentlichen verschlossen. Sie sind ganz offenbar die Nachkommenschaft der persischen Kolonisten, die voreinst der Krieg ins Land geworfen hatte, und aus der selber wohl auch noch die Ptolemäer nicht ungern ihre Soldaten nahmen, die aber gewiß ebensooft dem Militärdienst entfremdet und in bürgerlicher Tätigkeit aufgegangen war. Ἐπιγονή ist nicht die Bezeichnung einer einzelnen Generation, daher auch nicht die Bezeichnung des Soldatenkindes, die ἐπιγονή-Eigenschaft ist eine Eigenschaft, die sich im allgemeinen[1]) auf Kind und Kindeskinder forterbt, unbekümmert darum, welche Stellung die Zwischenglieder erlangt hatten.

Wilcken bringt mit seiner Deutung zusammen, daß man mit Eintritt in die Armee die ἐπιγονή-Eigenschaft verlor: τῆς ἐπιγονῆς sei man eben nur gewesen, solange man zu den Kindern der στρατιῶται gehörte, d. h. nicht selbst στρατιώτης war (S. 368). Auch das ist nicht recht schlüssig. Hörte man denn auf, Soldatenkind zu sein, wenn man in die Armee eintrat? Im Gegenteil, wäre ἐπιγονή die Bezeichnung des Soldatenkindes gewesen, so hätte am allerwenigsten der Soldat auf die Weiterführung eines Beisatzes („schon mein Vater gehörte der Armee an") verzichtet, der ihn unter den Kameraden heraushob: der ἐπιγονή-Vermerk wäre mit Vorliebe gerade in der Armee weitergeführt worden. Die Erklärung der richtig beobachteten Erscheinung ist eine andere, sie wurde S. 186 gegeben. Ἐπιγονή ist die Kolonistenschaft, soweit sie nicht in eine staatsrechtlich gehobene Stellung aufgerückt war. Der Soldat ist nicht mehr τῆς ἐπιγονῆς, weil sich mit der Soldateneigenschaft die Zugehörigkeit zu dem gehobenen Soldaten-πολίτευμα verbindet.

Wilcken nimmt schließlich an, diesmal in Übereinstimmung mit Sethe, daß zur ἐπιγονή nur in der ägyptischen χώρα Geborene gehört hätten, in Alexandrien Geborene aber nicht. Ich zweifle sehr, ob das zutrifft und ob die bekannte Gegenüberstellung von Alexandrien und Ägypten (bei den Römern Alexandria apud Aegyptum) diese Schlußfolgerung rechtfertigt. Die Ἀλεξανδρεῖς τῆς ἐπιγονῆς τῶν οὔπω ἐπηγμένων

---

[1]) sofern sich nicht bes. Umstände, Erlangung der Zivität, einer πολίτευμα-stellung u. dgl., geltend machen.

εἰς δῆμον (τὸν δεῖνα), auf die Sethe und Wilcken verweisen, sind keineswegs als in der *χώρα* geborene Alexandrinerabstämmlinge aufzufassen (die etwa mit Rücksicht auf ihre nicht hauptstädtische Herkunft noch nicht in die alexandrinischen Demen aufgenommen worden sind), wie Wilcken und Sethe es tun. Das sind ganz einfach Alexandriner, die aber noch *ἐπιγονή* sind, weil sie in den geschlossenen Kreis der Bürgerschaft noch nicht haben eintreten können, sondern noch außerhalb stehen: *τῶν οὔπω ἐπηγμένων εἰς δῆμον*. Siehe oben S. 187, *ἐπιγονή* ist alles, was nicht *πολίτευμα* ist. Ihr Geburtsort ist aber wahrscheinlich (notwendig ist es natürlich nicht) Alexandrien gewesen. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man die wichtigste Epigonengruppe, die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* betrachtet. Daß die ganze große Kolonie der alexandrinischen *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* aus aus der *χώρα* eingewanderten Personen bestanden hätte, wird wohl ernstlich kaum anzunehmen sein. Der größte Teil ihrer Mitglieder ist sicher in Alexandrien selbst zur Welt gekommen. Ob man in Alexandrien, ob in der *χώρα* geboren wurde, hat auf die *ἐπιγονή*-Eigenschaft weiter keinen Einfluß gehabt. Der Perserabstämmling gehört zur *ἐπιγονή*, mochte er in Alexandrien oder in der *χώρα* zur Welt gekommen sein. Hier wie dort hebt er sich durch seine Abstammung von der übrigen Bevölkerung ab: das Stigma der persischen Herkunft haftet ihm an. Hier wie dort ist er *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς*.

Innsbruck. (v.) Woeß.

[jus aequum und jus strictum]. Justinian bringt die bonae fidei judicia mit dem jus aequum, die stricta judicia mit dem jus strictum zusammen.[1] Die Gegenüberstellung von jus aequum und jus strictum ist den Klassikern fremd. Die Entstehung des Begriffspaares erklärt die byzantinische Einteilung der judicia und das Übergewicht der bonae fidei judicia in der Spätzeit.

A. jus aequum. Die Kategorie des jus aequum ist, so vertraut sie der heutigen Lehre scheint[2]), den klassischen Quellen unbekannt. Voc. Jur. Rom.[3]) gibt nur zwei Stellen: D. 29, 1, 18, 1 (aequo jure deberentur) und D. 46, 1, 55 (aequo jure proficere); sie stehen dort unter der Überschrift aequus = non dispar (nicht = non iniquus). In der Tat hat aequo jure in beiden Stellen mit der Billigkeit, dem billigen im Gegensatze zum strengen Recht, gar nichts zu tun; es handelt sich vielmehr um den ursprünglichen, nicht übertragenen Sinn von aequus, verstanden als „das gleiche". Ebenso ist in C. 3, 36, 11 (Philippus A. et Philippus C. 3. Jahrhundert) aequo jure dividi aufzufassen.[4]) Ganz

---

[1]) Gradenwitz, Interpol. 108.

[2]) Gradenwitz, Interpol. 106, 108; Jhering, Geist 2, 1, 91; Sohm, Institutionen 30; Perozzi, Istituzioni 1, 82; Kipp, Quellen 9; Lenel, Gesch. u. Quellen (Encycl. d. R. Wiss.) 341.

[3]) 1, 294, 50.

[4]) Ähnlich übrigens auch noch Just. C. 6, 58, 15, 1b: aequo jure sibi succedant.

dasselbe gilt aber auch von der nichtjuristischen Literatur: Cicero Verr. 3, 118: quae cum esset civitas aequissimo jure ac foedere (Gleichberechtigung, nicht billiges Recht); Livius 38, 50, 9: qui jus aequum pati non possit, in eum vim haud injustum esse (das — für alle — gleiche Recht); Tacitus Annal. 3, 27 (von den 12 Tafeln): finis aequi juris (das Äußerste des gleichen Rechts[1])); Sallust. hist. frg. 1, 11: aequo et modesto jure agitatum (gesagt vom Kriege[2])); Seneca epistul. 86, 2: aequum inter omnes cives jus sit; Valerius Max. 5, 3 ext. 3: qui cum aequissima jura, sed iniquissima ingenia haberent.

B. aequum judicium. Kennt Cicero den Begriff des jus aequum nicht[3]), so ist ihm dafür der des aequum judicium um so geläufiger: Cicero Verr. 4, 54: cum se aequo vellet judicio defendere; Cluent. 5: illa definitio judiciorum aequorum; Planc. 36: quod genus judiciorum, si est aequum ulla in re.

C. jus und aequitas. Nicht das jus ist eingeteilt in jus aequum und jus strictum, sondern dem jus steht die aequitas gegenüber als eine regulierende, kontrollierende, zuweilen auch berichtigende Idee. Für diese Rolle der aequitas D. 50, 17, 90 (Paul. 15 quaest.): in omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est.[4]) Für die Gegenüberstellung von jus und aequitas: D. 2, 14, 52, 3 (Ulp. 1 op.): rescriptum est neque jure ullo neque aequitate tale desiderium admitti[5]); D. 14, 3, 20 (Scaev. 5 dig. Reskript): nec jure — obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse. Besonders häufig wird die aequitas (die der Prätor pflegt) dem jus civile entgegengestellt, z. B. D. 37, 1, 6, 1 (Paul. 41 ed.): quamvis — jure civili deficiant liberi — propter aequitatem tamen — praetor[6]); D. 44, 4, 1, 1 (Paul. 71 ed.): per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem.[7]) — Die aequitas steht auf einem anderen Boden als das jus; sie wird nicht in das Recht hineingezogen; ihre Rolle wächst zwar schon in der klassischen Zeit, aber die römischen Juristen, hier wie überall, wo Philosophie mitspricht, Schüler der Griechen, stellen das Verhältnis von jus und aequitas nicht klar. Sie bringen es zu einer schönen Vereinigung — Celsus D. 1, 1, 1 pr.: jus est ars boni et aequi — aber nicht zu einer begrifflichen Erfassung der beiden Kategorien. Grade weil ihnen im Blute liegt, daß Recht und Billigkeit zusammengehören, ist Berufung auf aequitas zwar ein Mittel, um das wahre Recht zur Geltung zu bringen, saubere theoretische Abtrennung von jus und

---

[1]) Jhering, Geist 2, 1, 91.

[2]) Dazu Augustin. Civ. 2, 18 und 3, 16.

[3]) Vgl. Merguet, Cicero-Lex.

[4]) Der Zusammenhang, aus dem die Kompilatoren das Stück herausgenommen haben (Lenel, Pal. Paulus 1399), ist nicht erkennbar.

[5]) Verdacht gegen „tale desiderium admitti" schwindet, wenn man sieht, daß desiderium das technische Wort für die dem Reskript zugrunde liegende postulatio ist (D. 2, 4, 15; 1, 16, 4, 5; 49, 5, 4).

[6]) Vgl. Gai. Inst. 3, 25 und D. 38, 8, 2.

[7]) Über naturalis aequitas unten S. 667 Anm. 5.

aequitas aber unmöglich.[1]) Beide Begriffe haben ihre besondere Bedeutung, ihr eigenes Gebiet, so wie im englischen Recht law und equity.[2]) Die aequitas ist kein Teilgebiet des jus, sowenig wie das jus ein Teilgebiet der aequitas. Erst die byzantinische Zeit läßt die aequitas das jus überwuchern. Es wäre Aufgabe einer besonderen kritischen Untersuchung, festzustellen, wieviel von der sentimentalen, rechtsfremden, „billigen" Billigkeit in unsern Quellen auf byzantinische Rechnung kommt, wie stark die Lehre[3]) von dem „glänzendsten Einzelsatze" des römischen Rechtes, durch den es „grundsätzlich sein Verhältnis zur Aequität bestimmt hat", der Berichtigung bedarf.

D. Byzantinische aequitas. Allmählich wird die aequitas Alleinherrscherin, vor der das jus sich zu beugen hat. Der in der griechischen Philosophie geprägte Gedanke, daß die Billigkeit das Recht zu überwinden habe, wird von den absoluten Herrschern, denen das jus eine unbequeme Schranke setzt, gern aufgenommen. Konstantin, der so oft griechischem Einfluß das Tor öffnet[4]), scheint in dieser Entwicklung eine besondere Rolle zu spielen. Einmal behält er dem Kaiser die auswählende Interpretation zwischen jus und aequitas vor: C. 1, 14, 1 (316): inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.[5]) Bereits vorher aber hatte er die aequitas der justitia gleichgesetzt und beiden den Vorrang vor dem jus (strictum) zuerteilt: C. 3, 1, 8 (314): placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem. Schließlich stellt er aequitas und jus justitiaque gleich in C. Theod. 1, 5, 3 (331): si — ex evidenti claruerit sententiam a jure justitiaque discedere, ea penitus explosa controversia de aequitate terminum capiat. Jus ist jetzt nichts anderes als justitia und aequitas; so geht denn auch von Konstantin der neue Terminus juris aequitas aus (C. Theod. 11, 9, 2, 10 (337).[6]) Das jus wird der aequitas unterstellt die ihrerseits allein Gerechtigheit (justitia) bedeutet; aequitas und justitia sind die Leitsätze Konstantins.[7]) Mit dieser Tendenz stimmen die Interpolationen in den Digesten überein. Nicht nur ist dort die aequitas häufig byzantinisch[8]), sondern es wird mit Vorliebe die Überlegenheit der aequitas über das jus betont:

---

[1]) Man sehe nur, wie sich Cicero immer wieder ohne Erfolg abmüht, das Wesen der aequitas zu bestimmen, und wie er sich dabei widerspricht (z. B. Topica 9, 90, 91).

[2]) Ich verdanke diese Bemerkung einem Gespräch mit Lenel.

[3]) Kipp, Quellen 8.

[4]) Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht 548 ff.; Ed. Schwartz, Kaiser Konstantin u. die christl. Kirche 75 ff.

[5]) Vgl. Just. C. Tanta § 21: cui solum concessum est leges interpretari.

[6]) Später C. Theod. 2, 1, 5, 3 (365) und 9, 40, 17, 6 (399).

[7]) C. Theod. 11, 39, 1 (325): nos aequitate et justitia moti.

[8]) aequitas suggerit ist angefochten von Bortolucci, Studi crit. (Bull. 1909) SA. 19; aequitas actionis, contributionis, conventionis, defensionis, divisionis, exhibitionis, rei, restitutionis von Biondi, Jud. bonae fidei 1, 52[1]. D. 4, 1, 71 (Beseler, Beitr. 2, 66); D. 4, 6, 26, 9 (Bortolucci-Krüger,

D. 15, 1, 32 pr. (Ulp. 2 disp.): [licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat].[1])

Dig.); D. 11, 7, 14, 13 (Longo-Krüger, Dig.); D. 16, 3, 31 pr. u. § 1 (Pernice-Krüger, Dig.); D. 17, 2, 63, 5 (Pflüger-Krüger, Dig.); D. 17, 2, 81 (Albertario, Fabiana 40); D. 23, 3, 16 (Beseler, Beitr. 2, 111); D. 25, 1, 5, 2 (Lenel-Krüger, Dig.; Beseler, Beitr. 4, 65); D. 34, 9, 15 (Mancaleoni-Krüger, Dig.; Bonfante, Ist. 633 [1]); D. 37, 6, 6 (Beseler, Beitr. 3, 31; 4, 218); D. 39, 3, 2, 6 (Faber-Krüger, Dig.); C. 5, 14, 7 (Thalelaeos-Krüger, Cod.). Dies ist nur das Ergebnis raschen Überblickes, bei dem übrigens auch D. 3, 5, 3, 9; D. 11, 7, 14, 10; D. 31, 70, 1; D. 43, 26, 15 pr. sofort als verdächtig auffallen. Nur aequitas, nicht aequus ist geprüft. — Besonders verdächtig ist die Verbindung ratio aequitatis. Bei Justinian (Longo, Voc. s. v. aequitas) kommt aequitas außer in C. 5, 17, 11, 1b nur in dieser Verbindung vor. Voc. Jur. Rom. 5, 10, 7 gibt folgende Stellen: D. 6, 1, 48 (dazu Riccobono, Bull. 20, 103, Seckel s. v. exceptio; von den drei Gliedern exceptione doli posita, per officium judicis, aequitatis ratione werden zwei unecht sein); D. 18, 4, 2, 3 [sed et — exigit] (zur Sache Bechmann, Kauf 3b, 271 [4]); D. 25, 1, 8 [quidam] [quod — rationem] (offenbar unter Streichung von Kontroversen umgearbeitet); D. 27, 3, 20 pr. (Faber-Krüger, Dig.); D. 28, 6, 18 (Lenel-Krüger, Dig.); D. 31, 77, 29 (Biondi, Leg. proc. n. az. divisorie 31 [3]); D. 35, 2, 32, 4 (Seckel s. v. ratio 5); D. 42, 1, 20 (Cujac-Krüger, Dig.); D. 48, 17, 1 pr. [neque — patitur] (überflüssig); Paulus Sent. 2, 1, 1 (Demelius-Seckel-Kübler a. h. l.); Paulus Sent. 5, 16, 1 (aber C. 4, 20, 8 und C. 9, 41, 15 sagen „non ambigitur"); Fragm. Vat. 306 (corr. Krüger); aus den Dig. ist nur D. 36, 1, 5n übrig. Im Codex vgl. C. 3, 29, 3 (257) (Ausdehnung der aus der querela inoff. test. entstandenen Regel auf Intestaterbfolge ?); C. 3, 42, 8, 1 (293) (ip. unten S. 656); C. 4, 32, 2 (Sev. et Ant.; aber D. 22, 1, 18, 1: quod in causa depositi non fuit und die Widersprüche bei F. Mommsen, Beitr. z. Obl. Recht 3, 237 [5]); C. 5, 17, 1 (229) [sed — permittunt] (Bonfante, Ist. 183.[2]) Aus byzantinischer Zeit vgl. C. Theod. 8, 15, 3, 7 (364); 8, 18, 4, 13 (369); 11, 31, 5, 10 (373); 12, 5, 1, 5 (326); 13, 3, 4, 1 (362); 13, 11, 16, 7 (417). — Offenbar drängt sich die ratio aequitatis an die Stelle der ratio juris, wie die aequitas an die Stelle des jus. Vgl. auch

ratio justitiae: Papyrus Thead. 13, 12 (322—323 p. C.); Just. C. 8, 58, 2; ratio pietatis: Krüger, Sav. Z. 19, 52 (Nr. 13);

ratio quae pro religione facit: D. 11, 7, 43 ip. (Bonfante, Ist. 295 [1]; Krüger, Dig.);

ratio humanitatis nur in D. 4, 6, 38, 1 ip. (Krüger, Sav. Z. 19, 25); D. 48, 18, 1, 27 (Reskript); D. 49, 1, 6 ip. (Beseler, Beitr. 4, 210); D. 49, 15, 12, 5 ip. (Faber-Krüger, Dig.);

ratio miserationis nur D. 38, 6, 7, 1, echt ? (miseratio nach Seckel noch in D. 4, 4, 37, 1 ip. (Seckel s. v. interdum, miseratio, mediocris, producere); ratio naturae kommt nur hier vor (Voc. Jur. Rom. 4, 24);

ratio bonae fidei in D. 18, 4, 21 (?) und D. 44, 3, 11 ip. (Rabel, Rö. Priv.-Recht 446 [3]);

ratio für sich allein: ip. Biondi, Judicia bonae fidei 1, 58 [1].

[1]) Dazu zuletzt Levy, Konkurrenz 1, 254 [1]; Beseler, Beitr. 4, 281. Beseler ist im Recht, wenn er die Form angreift; insbesondere stimme ich seinem Satze zu: „wer licet — dictat sagt, muß — eine Vorstellung haben, die wir uns in Ulpians Kopfe nicht vorstellen können, die Vorstellung nämlich, daß dem Angeredeten die Möglichkeit eines Widerstreits zwischen jus und aequitas nicht etwas völlig Geläufiges sei —".

D. 26, 7, 36 (Pap. 3 quaest.): [aequitas, quae merum jus compensationis inducit].[1])

D. 39, 3, 25 (Paul. 49 ed.): [haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur].[2])

D. 46, 6, 12 (Pap. 12. quaest.): [nec — ab jure discessum — nam aequitas arbitri videtur eam formam juris desiderare].[3])

Das dictare, suggerere, desiderare, inducere durch die aequitas zeigt diese als einzig wirksamen, als herrschenden Entscheidungsgrund, dem gegenüber das jus zurücktritt. So fühlen sich denn auch die conditores legum jetzt als die aequitatis fautores (C. 5, 14, 8 [450]). Der Streit zwischen jus und aequitas ist entschieden. Mitgewirkt hat dabei offenbar die Gleichstellung der aequitas mit der justitia. Die klassischen Vorstufen dieser Erscheinung sind bei Celsus (D. 1, 1, 1 pr. u. § 1[4])) und Paulus (D. 1, 1, 11: id quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur) zu erkennen. Konstantin geht, wie wir sahen[5]), weiter. Im 5. Jahrhundert wird einem rector provinciae in einer Weihschrift[6]) nachgerühmt: jus ad justitiam revocare aequumque tueri. Bei den Byzantinern ist schließlich *δικαιοσύνη* die Übersetzung von aequitas[7]), *δίκαιον* von aequum.[8]) Das jus aber ist in die Stellung des *νόμιμον* zurückgedrängt[9]); *νόμιμον* im griechischen Sinne heißt das (nur) positive Recht, dem das (natürliche) Recht als solches weit überlegen ist.[10]) Die Entwicklung mündet auch hier in die griechischen Bahnen.

---

[1]) Beseler, Beitr. 1, 93; 3, 136; vgl. auch D. 1, 3, 25: nulla juris ratio [aut aequitatis benignitas] Beseler, Beitr. 2, 32; Mitteis, Sav. Z. 33, 196.

[2]) Pernice-Krüger, Dig.; Beseler, Beitr. 3, 94; Bonfante, Ist. 299[1].

[3]) Levy, Sav. Z. 37, 80[1]; Beseler, Beitr. 4, 239.

[4]) Dazu Beseler, Beitr. 4, 232 f. [5]) Oben S. 645.

[6]) Bruns, Fontes 128, 1.

[7]) Inst. 4, 7, 2[a]: aequitatis ratio — Theophilos Par. *δικαιοσύνης λόγος*;
D. 10, 3, 14, 1: aequitate — judicii — Heimb. Bas. 1, 808: *δικαιοσύνη τέμνει τοῦτο τὸ δικαστήριον.*
D. 39, 5, 22: summa aequitas — Heimb. Bas. 4, 573: *ἄκρα δικαιοσύνη*;
D. 50, 17, 90: in jure aequitas spectanda — Heimb. Bas. 1, 71: *ἐν — τῷ νόμῳ τὸ δίκαιον σκοπεῖται*;
C. 2, 1, 3: aequitas — Heimb. Bas. 1, 320: *δικαιοσύνη*:
C. 5, 14, 8: aequitatis fautores — Heimb. Bas. 1, 633: *δικαιοσύνης σπουδαστάς*;

[8]) D. 17, 2, 63, 5: iniquum est — Heimb. Bas. 1, 768: *ἄδικον γάρ ἐστιν*;
D. 37, 1, 6, 1: propter aequitatem — Heimb. Bas. 4, 53: *διὰ τὸ δίκαιον.*

[9]) D. 2, 14, 52, 3: neque jure ullo neque aequitate — Heimb. Bas. 1, 633: *μήτε νόμιμον μήτε δίκαιον.*
C. 2, 1, 4: juris et aequitatis ratio — Heimb. Bas. 1, 320: *τοῦ νομίμου τῆς δικαιοσύνης λογισμός.*
Vgl. C. 2, 1, 8 mit Heimb. Bas. 1, 322, C. 2, 3, 12 mit Heimb. Bas. 1, 655.

[10]) Z. B. Hirzel, Themis und Dike 230[1]; Windelband, Geschichte der Philosophie 60, 146.

E. Byzantinisches jus. Ist somit die aequitas mehr und mehr Alleinherrscherin, so bleibt für das jus nur die Rolle des engen, beschränkten, strengen, harten, bitteren, am Worte hängenden, spitzfindigen Rechtes übrig, das überwunden werden soll. Das wird in der byzantinischen Zeit klar an folgenden Verbindungen, die alle kritisch, verurteilend, gebraucht werden:

1. acerbitas: Just. C, 7, 54, 3, 3 (Gegensatz: humanitas).

2. angustiae: Just. Inst. 3, 3, 1 (juris angustiae); 3, 9, 2 a. E. (jus angustissimis finibus constitutum).

3. asperitas: Const. C. 8, 34, 3 pr. (326); Just. Inst. 3, 2, 3a: asperitatem juris (Gegensatz: humano proposito); vgl. Just. C. 5, 4, 28, 2 und Inst. 4, 8, 7.

4. austeritas: Just. C. 7, 63, 5, 6[1]) (legum — austeritatem mitigari).

5. duritia: C. 1, 14, 9 (454): oportet id imperatoria interpretatione patefieri duritiamque legum nostrae humanitati incongruum emendari. C. 9, 7, 1 pr. (393): neque durum quid nec asperum sustinere. D. 35, 2, 54: [ne dure constituetur].[2])

6. rigor juris: C. Theod. 1, 2, 3 (317/18): rigorem juris placare aut lenire. D. 40, 5, 24, 10 [contra juris rigorem pro libertate constituere].[3])

7. scrupulositas: C. 7, 71, 6 (386): sc. legum; Just. C. 1, 14, 12, 2: vana sc.; Just. C. 8, 37, 13, 1: subtilis et supervacua sc.; Just. C. 7, 40, 1, 1. In den Digesten[4]) nur D. 28, 3, 12 pr.: [juris scrupulositate nimiaque subtilitate.][5])

8. severitas: C. 3, 26, 8 (358): juris severitas; C. Theod. 9, 1, 12 (374): juris severitas; Just. C. 4, 29, 25, 1: severitatem legis saepius mollire; Just. C. 5, 4, 28, 4: severitatem legis compescere; C. 9, 4, 4, 1 (371): legis severitate constringi; D. 48, 19, 11 pr.: [severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi.[6])

9. subtilitas: Riccobono, Dal dir. rom. class. al dir. mod. 598.

F. jus strictum. In diesen Kreis gehört der Hauptgegensatz des „jus aequum“, das jus strictum.

1. Auch diese Gegenüberstellung stammt aus der griechischen Philosophie, in der *ἐπιείκεια* und *νόμος* einander gegenübertreten. In der Untersuchung, was von beiden *δίκαιον* sei, wird der *ἐπιείκεια* der Vorzug gegeben. Die Hauptstelle ist Aristoteles, Nic. Eth. 5, 14: *τό τε γὰρ ἐπιεικὲς δικαίου τινὸς ὂν βέλτιόν ἐστι δίκαιον. — τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον*

---

[1]) acerbitas, angustia, asperitas, austeritas kommen im Voc. Jur. Rom. nicht vor.

[2]) Beseler, Beitr. 4, 216; der Gegensatz von dure ist remissius, ip. in D. 47, 2, 62, 6 (Kübler, Sav. Z. 38, 108, 3) und D. 48, 10, 21 (Mommsen, Strafrecht 674, 4: „ist auffallend“); in Dig. 18, 7, 7 möchte ich [vindictae ratione] und [quod si — enim — vero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet] streichen; anders Beseler, Beitr. 3, 91; das letzte Stück enthält durchaus christliche Erwägungen.

[3]) Seckel s. v. rigor; Ferrini-Krüger Dig.

[4]) Voc. Jur. Rom. 5, 291, 50.

[5]) Über scrupulosus: Albertario, Contrib. alla crit. del dig. 52.

[6]) Beseler, Beitr. 2, 32; Mitteis, Sav. Z. 33, 178.

μέν ἐστιν, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου. Hier zeigt sich die Einschätzung des (nur) *νόμιμον δίκαιον*. Vor allem aber: *ὁ ἐπιεικὴς τίς ἐστιν .. ὁ μὴ ἀκριβοδίκαιος ἐπὶ τὸ χεῖρον, ἀλλ' ἐλλαττωτικός, καίπερ ἔχων τὸν νόμον βοηθόν, ἐπιεικής ἐστιν, καὶ ἡ ἕξις αὕτη ἐπιείκεια, δικαιοσύνη τις οὖσα.* Billigkeit ist Gerechtigkeit, und sie ist dem bloß gesetzlich Rechtmäßigen überlegen. Ihr Gegenstück heißt *ἀκριβοδίκαιος*; dies aber bedeutet wörtlich dasselbe wie jus strictum; denn *ἀκριβής* ist strictus. *Ἀκριβοδίκαιος* kommt, soviel ich sehe, nur noch bei Philo vor, der ja von griechischer Philosophie beeinflußt ist (Quis rer. div. heres 143): *ἔοικεν οὖν ὁ θεὸς μόνος ἀκριβοδίκαιος εἶναι*[1]); da aber bedeutet es die höchste Steigerung der Gerechtigkeit, das summum jus, während es bei Aristoteles leicht zur summa injuria wird. Diese kritische Bedeutung vertritt noch der späte Aristoteles-Kommentar des Michael Ephesius[2]): *ἐπὶ τὸ χεῖρον ἐστιν ἀκριβοδίκαιος ὁ τὰ γεγραμμένα ἐν τοῖς νόμοις πάντα φυλάττειν βουλόμενος κατὰ τὸ ῥητὸν καὶ ἐπὶ χεῖρον ἐξηγούμενος, ὁ δ' ἐπιεικὴς οὐ τοιοῦτος, ἀλλ' ἐλλαττωτικός.* Der Tadel, der auf Wort und Sache liegt, die Richtung auf die allzuwörtliche, subtile Auslegung ist also noch der byzantinischen Spätzeit geläufig. Hier liegt die Quelle für die byzantinische Lehre vom jus strictum.

2. Geht man dem jus strictum außerhalb des Corpus juris nach[3]), so ist zuerst bemerkenswert, daß Cicero dieses sowenig wie das jus aequum kennt. Auch sonst aber ist in klassischer Zeit nirgends von jus strictum die Rede. Stringere, strictus nimmt allmählich die Bedeutung des Strengen, Engen, Gebundenen an. Judicium strictum bei Seneca[4]) meint die strenge Gedankenführung, das rhetorische Urteil, nicht das Gerichtsverfahren. Judex strictus kommt bei ihm bereits vor.[5]) Sodann werden bei Statius[6]) die strictae leges dem aequum gegenübergestellt.[7]) Stricti homines werden in byzantinischer Zeit im Gegensatz zu den misericordes getadelt.[8]) Es handelt sich um christliche Milde wie im Syrischen Rechtsbuch 3, wo rectitudo[9]), rectum[10]),

---

[1]) Vgl. Philo, De Josepho 64—65 *ἀκριβοδίκαιος* (in Verbindung mit *αὐστηρόν* = herb und *αὐθέκαστον* = streng).

[2]) Comm. in Aristot. 22, 3, 68 Z. 65 ff.

[3]) Ich danke die Benutzung des Voc. Jur. Rom. der Preuß. Staatsbibliothek, des Materials zum Thes. ling. lat. meinem Kollegen Herrn Dr. Ammann, des Index zum Cod. Just. Herrn Prof. v. Mayr, des Index zum C. Theod. Herrn Prof. Gradenwitz, des Interpolationen-Index Herrn Prof. Mitteis und B. Schwarz.

[4]) Controv. 1 praef. 23; 4 praef. 3; vgl. auch Seneca, Controv. 1, 1, 24 (colorem tam strictum non probavit) und Quintilian, Instit. 12, 10, 52 (ex orationibus non Ciceronis modo, sed etiam eius, qui est strictior multo, Demosthenis).

[5]) Controv. 2, 1, 23. [6]) P. Papini Stati Silvae 3, 5, 87 f.

[7]) nulla foro rabies aut strictae in jurgia leges: morum jura viris solum et sine fascibus aequum.

[8]) Laurentius novariensis episcopus, Homilia secunda (de eleemosyne) (bei Migne, Patrologia 66, 107).

[9]) Kap. IV S. 13. [10]) Kap. IV S. 13.

pesend, ein Zurückbleiben hinter der Forderung des Gesetzes[1]), Rechtsminus[2]) (bei Aristoteles ἐλλαττωτικός), entgegengesetzt wird dem dînâ = bürgerlichen Recht[3]), dem νόμος[4]) (ἀκριβοδίκαιος bei Aristoteles). Bei der Entwicklung des jus strictum wirkt außer dem griechisch-philosophischen ein griechisch-christlicher Einschlag mit. Rectitudo im Syr. Rechtsbuch gibt Sachau[5]) auch mit „probitas" oder „aequum et bonum" wieder: „Gemeint ist das ethische Recht im Gegensatz zum formalen bürgerlichen Recht." Manigk[6]) erkennt den hier wichtigen Zusammenhang: „Die kirchliche Anschauung verkörpert das Prinzip der aequitas und wird dem strengen Recht gegenübergestellt." Damit ist der Punkt erreicht, an dem die juristischen Quellen stehen und auf der einen Seite die Verbindung mit Aristoteles gefunden, nach der andern Seite die Brücke zum jus strictum der Byzantiner geschlagen. Aus christlichen und philosophischen Anschauungen wächst der neue Begriff heraus, der, vom hellenistischen Geiste des Ostens getragen, das römische jus zur Seite drängt.

3. Biondi[7]) baut die These aus, daß die actiones stricti judicii[8]) wie die judicia stricti juris interpoliert seien, daß das klassische Recht für die nicht bonae fidei judicia keine eigene Bezeichnung gekannt habe. Die Tatsache als solche ist uns seit langer Zeit geläufig:

Ulrich Huber[9]) (1678): stricti juris actiones (olim) simpliciter judicia dicebantur.

Savigny, System 5, 487: welche w i r j e t z t stricti juris actiones nennen.

Segré, Mél. Girard 2, 569, 3: il termino collettivo „stricta judicia" antetetico ai „bonae fidei judicia" non è certo que sia noto alla giurisprudenza classica.[10])

Levy, Sav. Z. 36, 82, 1: man wird die gegen sie bestehenden Bedenken — noch stärker unterstreichen müssen.

Girard, Manuel 1019: une division — qui est exprimé nettement surtout par Justinien.

Rabel, Rö. Priv. Recht 454: dem Gebiete des n a c h m a l s sogenannten strengen Rechtes.

Biondi erweist, hiervon ausgehend, die einzelnen Stellen als interpoliert. Der Beweis ist gelungen; er kann durch den Hinweis darauf ergänzt werden, daß noch im vorjustinianischen[11]) Index Pap. Soc. Ital. 1, 55 l. 73 die Klagen und Verträge keinen eigenen Namen haben:

---

[1]) Kap. V S. 13; S. 175 § 6; S. 179 § 7. [2]) Kap. VI S. 15.
[3]) Kap. IV S. 13.
[4]) Kap. V S. 13; Kap. VII S. 15: das bürgerliche Recht ist der Forderer des νόμος.
[5]) Syr. Rechtsb. 3, 291. [6]) Krit. Viert. Schr. 53 (1916), 416.
[7]) Bull. 1918.
[8]) Hierüber bereits G r a d e n w i t z, Interpol. 110: während ein Sammelname für die übrigen nicht zum Bedürfnis wurde.
[9]) Praelectiones 1: Institut. 348.
[10]) Vgl. B e r t o l i n i, Processo civile 2, 39 ff.
[11]) P e t e r s, Digestenkommentare 102 f.

ἐ[π]ὶ τῶν μὴ b. f. (bona fide) συναλλαγμά[τ]ων. Hier soll begründet werden, daß die Bezeichnung der Klagen als stricta judicia auf dem Boden des jus strictum wächst, und daß dieses jus strictum, dessen Bedeutung und Herkunft erörtert wurden, in die klassischen Quellen durch die späten Byzantiner hineingebracht wurde.

G. Jus aequum und bona fides. Zunächst aber muß noch eine Verbindungslinie gezogen werden: was hat das jus aequum mit der bona fides, was das jus strictum mit den stricta judicia zu tun? Gradenwitz[1]) hat bereits aus D. 18, 1, 57, 3, D. 19, 3, 1 pr., D. 43, 26, 2, 2 und C. 5, 13, 2 den Schluß gezogen, daß die Kompilatoren in der Tat beide Vergleichspaare miteinander gleichsetzen, indem sie die bonae fidei judicia aus der Vertragsredlichkeit herleiten. Der Beweis kann verstärkt und ergänzt werden. In D. 10, 3, 14, 1 ip.[2]) wird das bonae fidei judicium mit der aequitas ipsius judicii zusammengestellt, einem Begriff[3]), der allein schon die byzantinische Anschauung ebenso kennzeichnet wie die byzantinische aequitas juris.[4]) Aequitas naturalis und fides humana identifiziert D. 2, 14, 1 pr. (Ulp. 4 ed.): Huius edicti aequitas naturalis est. [Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ex quae inter eos placuerunt servare?][5]) Die fides humana ist zwar der christlichen Treue, dem christlichen Glaubensgebot näher verwandt als der bona fides; aber gerade hier liegt für die Byzantiner die Brücke, die aequitas und bona fides verbindet.[6]) Weder in den Digesten noch bei Justinian kommt sonst die fides humana vor, wohl aber in fast wörtlich gleichem Zusammenhange in C. 2, 4, 20 (Diocl. 293): [si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerunt custodiri]. Auch hier ist das Stück offenbar von den Byzantinern eingeschoben; seine Stellung weist darauf hin, zumal die Begründung (recta ratione) schon vorher steht. In denselben Kreis gehört [humanitatis rationi congruum][7]) und [humanae naturae congruum].[8]) Die Beziehung der fides humana zur bona fides tritt klar hervor, wenn man neben D. 2, 14, 1 pr. und C. 2, 4, 20 D. 19, 1, 11, 1: [cum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum sit] stellt.[9]) Bona fides und humana fides sind für die Byzantiner identisch; das

[1]) Interpol. 108 ff. [2]) Riccobono, Dal dir. rom. class. al dir. mod.
[3]) aequitas judicii kommt hier allein, aequitas juris nirgends in den klassischen Quellen, vielmehr erst von Konstantin ab (oben S. 645 Anm. 6) vor. [4]) Oben S. 645.
[5]) Seckel s. v. fides; Beseler, Beitr. 1, 52; 3, 7; Schulz, Digesten 36.
[6]) Wie ja diese Stelle in der Geschichte der Vertragsfreiheit (Seuffert, Zur Geschichte der obl. Verträge) neben Bibelstellen und der germanischen fides eine große Rolle spielt.
[7]) D. 49, 15, 12, 5 ip. Faber-Krüger, Dig.; Beseler, Beitr. 1, 52.
[8]) D. 32, 65, 3 ip. Beseler, Beitr. 1, 52.
[9]) Beseler, Beitr. 1. 83; 2, 70; vgl. D. 12, 3, 4, 2 [arbitrio — bonae fidei judicis — congruit] Faber-Krüger, Dig. und Dig. 19, 1, 48 [contractui bonae fidei consonat] Gradenwitz, Interpol. 200; Beseler, Beitr. 2, 64; Levy, Konkurrenz 1, 87, 4.

wird durch die gleichlautende Fassung von D. 2, 14, 1 pr., C. 2, 4, 20 und D. 19, 1, 11, 1 bewiesen. Zugleich zeigt der Fortgang von D. 19, 1, 11, 1[1]), wie die Byzantiner das Wesen der bona fides darin sehen, daß sie dem Parteiwillen zur Geltung verhilft, hinter dem dann ergänzend die natura contractus steht. So gehören bona fides und natura contractus zusammen.[2]) Zuerst wird nach dem Parteiwillen gefragt, der zusammenstimmen muß, sodann nach der natura. Ea quae inter eos placuerunt (D. 2, 14, 1 pr.), ea quae placuerunt (C. 2, 4, 20) id. quod inter contrahentes actum sit (D. 19, 1, 11, 1), dieser Konsens des animus[3]) beider Parteien ist es, der kraft der bona fides berücksichtigt werden darf: D. 50, 17, 116 (Ulp. 11 ed.): Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei judicia sustinet — —.[4]) Die klassische bona fides wird auf solche Weise mit der Billigkeit, der byzantinischen aequitas und mit der christlichen Gewissenhaftigkeit, der Rücksicht auf den Willen, den animus verbunden und dadurch zugleich in ihrem Wesen verändert. Das jus wird immer mehr beiseite gedrängt; völlig auf diesen Weg zurück bringt uns D. 17, 1, 29, 4 (Ulp. 7 disp.): [bonae fidei non congruit de apicibus juris disputare].[5]) Denn die Spitzfindigkeit als Gegensatz der bona fides, das ist nichts anderes, als das jus strictum der stricta judicia im Gegensatz zur bona fides der b. f. iudicia. Aequitas und bona fides, jus strictum und judicia stricta gehören für Justinians Leute zusammen. Das Ergebnis ist, daß sie die bona fides der Kontrakte durchaus aus der aequitas ableiten: D. 16, 3, 31 (Tryph. 9 disp.): [bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat][6]); C. 4, 10, 4 (Diocl. 290): [Bonam fidem in contractibus considerari aequum est][7]); D. 43, 26, 2, 2 (Ulp. 71 ed.): est enim natura a e q u u m — [itaque — quae ex bona fide oritur].[8]) Theodoros[9]) zitiert zur Erklärung von C. 4, 10, 4 C. 3, 1, 8 (Konst.)[10]): ἐπὶ

---

[1]) [quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate] Longo-Krüger, Dig.

[2]) Deshalb D. 16, 3, 24 [contra bonam fidem et depositi naturam est] zuletzt Rabel, Rö. Priv. R. 461, 1.

[3]) Vgl. oben S. 273 ff.; wenn Beseler, Beitr. 3, 97 sagt: „id (hoc) agere ut (ne) ist echt, wenn vom Vertragswillen gesagt“, so muß man seine eigenen Ausführungen Beitr. 1, 85, 100; 2, 70—71, 160 hinzunehmen, um den Satz stark einzuschränken.

[4]) Die Interpolation dieses Satzes wird Partsch begründen.

[5]) Gradenwitz, Interpol. 35; Krüger, Dig.

[6]) Pernice, Labeo 2, 1, 172 Anm.; Mitteis, Rö. Priv. Recht 63, 3[b]. Beseler, Beitr. 3, 40, 136.

[7]) Das Stück ist mindestens aus dem Zusammenhange gerissen (Krüger, Cod. a. h. l.) und in den allgemeinsten Titel (de obligationibus et actionibus) gestellt, dann aber auch so allgemein gefaßt, daß bereits Patrikios (Thal. Schol. σημείωσαι; Heimb. Bas. 3, 22) die Deutung ausschließen muß, es seien alle judicia bonae fidei.

[8]) Gradenwitz, Interpol. 109; Bonfante, Ist. 488. — Biondi, Jud. bonae fidei 7, 200 zeigt für das jud. rei uxoriae, daß bona fides und bonum et aequum von den Byzantinern identifiziert werden; auch dies ist die neue aequitas, die das b. f. judicium beherrscht.

[9]) Schol. ἐν παντὶ συναλλάγματι; Heimb. Bas. 3, 22. [10]) Oben S. 645.

παντὸς πράγματος τὸ δίκαιον προτιμᾶσθαι χρὴ τοῦ νόμου und deckt damit die byzantinischen Beziehungen zwischen der aequitas als Grundlage der bona fides und der ratio stricti juris (C. 3, 1, 8) auf.

H. Jus strictum in juristischen Quellen. Mit jus strictum gibt es folgende Stellen:

1. C. 4, 31, 14, 1 (Just. 531): judices — nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes (Gegensatz: milder Sinn).

2. C. 5, 13, 1, 2 (Just. 530)[1]: stricto jure esse vallatam (Gegensatz: ex bona fide descendere; bonae fidei judicium).

3. Instit. 4, 6, 28 (Just.)[2]: actionum — quaedam bonae fidei sunt quaedam stricti juris.

4. D. 5, 3, 50, 1 (Pap. 6 quaest.): quamvis enim [stricto jure] nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen [principali vel] pontificali auctoritate compellentur ad obsequium supremae voluntatis.[3])

5. D. 13, 5, 30 (Paul. 2 sent.): si quis duobus pecuniam constituerit sibi aut Titio [etsi stricto jure propria actione] pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, [tamen per exceptionem adjuvatur].[4])

Ähnlich Beseler[5]), der aber „stricto jure“ durch „ipso jure“ ersetzt. H. Krüger[6]) streicht nur [pecuniae constitutae] als Glosse oder Interpolation.[7]) Entweder ging eine Stipulation „tibi aut Titio“ voran; dann ist das Constitut an den adjectus ungültig, weil es an der pecunia debita fehlt[8]); es kann aber auch aus der Stipulation an den adjectus nicht mehr gezahlt werden, weil nur noch gemäß dem Constitut gezahlt werden darf.[9]) Dann ist die Textgestaltung von Seckel-Kübler

---

[1]) Biondi, Actiones stricti juris 12. [2]) Biondi a. a. O. 7.

[3]) Segré, Studi Brugi 404ff., insbes. 409 mit Literatur. Beseler, Beitr. 4, 43 erklärt mit guten Gründen das ganze zitierte Stück als interpoliert.

[4]) Seckel-Kübler, Paul. Sent. 2, 2, 3: „num verba .. Pauli sint, quaerere licet.“

[5]) Beitr. 4, 128. [6]) Exceptio doli 1, 163.

[7]) Ital. Digesten: locus corruptus. [8]) D. 13, 5, 7, 1.

[9]) D. 13, 5, 8: quod si posteaquam soli mihi te soluturum constitutisti solveris Titio, nihilo minus teneberis; D. 13, 5, 25 pr.: illud aut illud debuit et constituit alterum: an vel alterum quod non constituerit solvere possit, quaesitum est. dixi, non esse audiendum. Im Widerspruch dazu D. 46, 3, 59: si ita stipulatus sim: „mihi aut Titio dare spondes?“ et debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adjecto solvere. Bruns (Kleine Schriften 269, 76) will den Unterschied im „soli mihi“ der l. 8 im Gegensatz zum bloßen „mihi“ der l. 59 finden; das reicht zur Erklärung nicht aus. Der Fortgang der Stelle hat nichts mit Constitut zu tun; vielleicht ist also [et] [constituerit — actio] [adhuc] zu streichen; oder aber [quamvis] durch (quia) zu ersetzen und vor „potest“ ein (non) einzuschieben; „de constituta actio“ begegnet in dieser Stellung nur hier, „actio de constituta“ noch in D. 13, 5, 31 (wo aber „pecunia“ aus dem Vorhergehenden leicht zu ergänzen ist) und in D. 13, 5, 5, 1, wo sich aber aus dem Vergleich mit D. 5, 1, 8 die Interpolation ergibt [sed et si — constituta], vgl. Cujac.-Krüger, Dig.

vorzuziehen. — Oder aber es wurde vorher nur dem „tu" geschuldet - dann gilt für das Constitut dasselbe. Will man die alte Schuld durch constitutgemäße Zahlung an den adjectus zwar nicht getilgt sein, aber doch durch exceptio entkräften lassen, so ist die Textgestalt von Beseler zu wählen; doch scheint eben dies nicht sicher.

Das klassische Recht steht auf dem Standpunkte (D. 13, 5, 5, 5): si mihi constitueris Sempronio te soluturum, non teneberis. Das heißt, ein Gläubigerwechsel ohne Mitwirkung des neuen Gläubigers ist unzulässig. Den Byzantinern klingt bei ihrer Umformung der Vertrag zugunsten Dritter an, der nur nach strictum jus keine Rechtsfolge hat. Sprachlich fällt auf: a) adjuvari per exceptionem; das kommt nur hier vor[1]); b) si constituerit, etsi — manet; c) si — etsi — etiamsi; d) propria actio pecuniae constitutae[2]); propria actio soll wohl civilis actio im Sinne der Byzantiner heißen.[3])

6. D. 23, 2, 67, 1 (Tryph. 9 disput.): [sed etsi senatus consultum stricto jure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt].[4])

7. D. 29, 2, 86 pr. (Pap. 6 resp.): .. ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant. Quae [stricto jure non competit][5]) quia intra diem aditionis avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Maecianus refert in eo qui legationis causa Romae erat et filium — absens amiserat [sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere; quod et hic humanitatis gratia obtinendum est].[6])

Vom „competere" der in integrum restitutio spricht nur diese Stelle und Paul. Sent. 1, 7, 4, „sicher recht verstümmelt" nach Savigny[7]) und Seckel-Kübler.[8]) An Stelle von [stricto — competit] muß eine Ansicht zitiert worden sein, woraus der Konjunktiv „obisset" zu erklären ist. Über [sine respectu — habere] später an anderer Stelle.[9]) Sachlich muß die restitutio versagt worden sein; das ergibt sich aus

---

[1]) Voc. Jur. Rom. 1, 225, 39; per curatorem adjuvari ist interpoliert in D. 36, 1, 67, 3 (Mitteis-Krüger, Dig.), per officium adjuvari in D. 49, 14, 45, 9: [in quo — solet]; in quo: zu unbestimmt; officium: wessen? Dies sind die einzigen drei Stellen mit adjuvare per. Über „per exceptionem consequi, praestare" ip. vgl. Levy, Konkurrenz 1, 225, 4.

[2]) Zu „pecuniae constitutae" H. Krüger, Exceptio doli 1, 164 f.

[3]) D. 1, 1, 6 pr.: [jus proprium, id est civile] Perozzi, Ist. 1, 66, 1; Mitteis, Rö. Priv. R. 63, 3 b; D. 19, 5, 19 pr.: [negotium proprii contractus] Beseler, Beitr. 2, 165. Ist in D. 9, 2, 39, 1 [quamvis — deprehendit] und [quoniam — proprias actiones] echt? quamvis mit Indikativ; beide Stücke sind überflüssig und unpassend.

[4]) H. Krüger, Sav. Z. 19, 55; Gradenwitz, Sav. Z. 26, 363; Albertario, Contrib. alla critica del dig. 9.

[5]) Faber, Conjecturae 14, 1 (498, 2); Krüger, Dig.

[6]) Gradenwitz, Sav. Z. 7, 79, 2; Lenel, Pal. Pap. 561; H. Krüger, Sav. Z. 19, 25; Pringsheim, Sav. Z. 41, 252, 2.

[7]) System 7, 270a.

[8]) ad h. l. In D. 16, 1, 24, 3 (angeführt im Voc. Jur. Rom. 1, 848, 7 mit ?) bezieht sich competerat a. E. auf actio, nicht auf restitutio.

[9]) Vgl. inzwischen Sav. Z. 41, 260, 2.

der Gewährung der restitutio (contra constituisse) im zweiten Falle (D. 29, 2, 30 pr.). Gegensatz zum strictum jus ist hier die humanitas.

8. D. 40, 7, 28 pr. (Jav. 6 ex Cassio): Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse jusserat, post dies triginta adita est [jure quidem stricto] ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: [sed favor libertatis eo rem perduxit, ut responderetur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret, quo minus expleretur].

Erst Marc Aurel gibt bei mora heredis die libertas, als sei die Bedingung bereits erfüllt.[1]) Javolen also, und gar Cassius, können diese Regel noch nicht befolgt haben. Javolen aber geht angeblich noch weiter; er verlangt nicht einmal mora heredis, sondern nur, daß die Nichterfüllung nicht am statuliber liegt. Dies ist aber erst der Standpunkt Maecians[2]), Ulpians[3]) und Papinians.[4]) Bei ihnen wird niemals das ältere Recht als jus strictum bezeichnet. So haben wohl erst die Kompilatoren den Text späterem Rechte angepaßt. Sie arbeiten gern mit dem favor libertatis.[5]) Für den Fortgang der Untersuchung ist wichtig, daß sie ihn in D. 40, 5, 24, 10 dem jus subtile und dem rigor juris gegenüberstellen, zwei Begriffen, die mit jus strictum nahe verwandt sind, während der klassische Jurist (Tryph. D. 49, 15, 12, 9) den favor libertatis neben das „aequum" stellt. Auch hier also ist für die Byzantiner jus strictum der Gegensatz zum aequum.

[1]) Samter, Sav. Z. 27, 170 ff., 205, 1 („Die Frage nach der Unversehrheit der javolenischen Ausführungen in D. 40, 7, 28 pr. kann hier nur aufgeworfen werden"); vgl. Lotmar, Sav. Z. 33, 304 ff.

[2]) D. 40, 4, 55 pr. (2 fideic.): Libertate sub condicione data [huc jam decursum est] ut, si per statuliberum non stet, quominus condicioni paret, quamvis ne per heredem quidem stet, tamen ad libertatem perveniat. Beseler, Beitr. 2, 94) glaubt, hier sei ein Bericht über eine Kontroverse weggeschnitten; das ist sehr wahrscheinlich, weil Maecians Werk frühestens aus der Zeit Marc Aurels stammt (Krüger, Quellen 201).

[3]) D. 40, 7, 3, 10: hoc jure utimur in statulibero, ut sufficiat per eum non stare, quo minus condicioni pareat. In D. 40, 7, 3, 11 ist wohl [si sine — adierit] [sed quid si — impleatur] interpoliert (aufgeregte Fragen: et hic, trotzdem vorher gar nicht von „expleta videtur condicio" die Rede ist; auch wenn die Stelle klassisch ist, steht sie im Widerspruch zu D. 40, 7, 28 pr., insofern die Freiheit hier nur bei dolosem Aufschub der aditio sofort mit dieser, dort aber ohne diese Voraussetzung verliehen wird).

[4]) D. 40, 7, 35.

[5]) Rabel, Rö. Priv. Recht 409. D. 29, 2, 71 pr. (Seckel s. v. favor, H. Krüger, Sav. Z. 19, 54; Krüger, Dig.); D. 31, 14 pr. (Seckel a. a. O.; Beseler, Beitr. 2, 103); D. 35, 2, 32, 5; (Seckel a. a. O.; Krüger, Dig.); D. 36, 1, 26, 2 (Faber-Krüger, Dig.); D. 40, 2, 4 pr. (Krüger, Dig.); D. 40, 4, 1 (corr. Mommsen, Dig.); D. 40, 4, 29 (Seckel a. a. O.; Faber-Krüger, Dig.; corr. Mommsen, Dig.); D. 40, 5, 24, 10 (Ferrini-Krüger, Dig.; Seckel a. a. O); D. 40, 7, 9, 3 (Faber-Krüger, Dig.); D. 40, 12, 30 (Cujac.-Krüger, Dig.; Bonfante, Ist. 471, 1); D. 40, 12, 38, 1 (Haymann, Freilass. u. Reurecht; Krüger, Dig.). Dazu Justinian C. 3, 31, 12, 2^b; C. 7, 4, 14 pr.; Inst. 2, 7, 4. Favorabilis usus libertatis: Just. Inst. 2, 20, 34. Favorabile est libertatem admittere: D. 49, 17, 20 (Seckel s. v. favorabilis: „echt?"). Ohne das Wort favor: D. 40, 7, 40, 7 (Gradenwitz-Krüger, Dig.; Samter, Sav. Z. 27, 171); D. 40, 8, 1 (Bonfante, Ist. 47, 1); D. 40, 8, 9 (Bonfante a. a. O.).

9. C. 3, 42, 8, 1 (Diocl. 293): nullam te ex eius pacto — actionem [stricto jure] habere: [utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio].[1])

Es handelt sich wieder[2]) um einen Vertrag zugunsten Dritter; die Byzantiner begründen ihren Eingriff mit der aequitatis ratio, die das jus strictum überwindet.

10. Gaius Inst. 3, 18: hoc jus quemadmodum strictum fuerit, palam est intelligere.[3])

Hier wird nicht eine Kategorie des jus strictum einer andern des jus aequum gegenübergestellt, sondern eine bestimmte Rechtsregel (aus dem Erbrechte der 12 Tafeln) wird eng, streng genannt. Gemeint ist, diese einzelne Regel sei unbillig, widerspreche der aequitas: das ergibt sich aus Gai. Inst. 3, 25 (hae juris iniquitates[4]) edicto praetoris emendatae sunt) und noch einmal aus Gai. Inst. 3, 41 (praetoris edicto haec juris iniquitas emendata est) mit Gai. Inst. 3, 40 (aperte iniquum erat). Gaius also erklärt einen einzelnen Rechtssatz (den er „jus" nennt) für unbillig (juris iniquitas); bei den Byzantinern wird daraus ein strenges Recht, eine ganze Klasse, ein ganzes Gebiet. Gaius vergleicht historisch zwei Stufen der Rechtsentwicklung, die Byzantiner betrachten denselben Rechtsfall unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten, das eine Mal nach jus strictum, das andere Mal nach dem mollis animus, der bona fides, der principalis vel pontificalis auctoritas, der humanitas, dem favor libertatis, der aequitatis ratio. Die ganze byzantinische Entwicklung geht offenbar von Gaius aus, der so oft als Schulschriftsteller der Vorläufer der byzantinischen Professoren ist. Aber es wird dabei mehr aus Gaius herausgelesen, als er sagen will; der Begriff wird umgedeutet, ja erst geschaffen. Gaius will sagen, daß ein bestimmter abgeschaffter Satz des alten Rechtes, am Maßstabe seiner Zeit gemessen, unbillig gewesen sei. Die Byzantiner erkennen an, daß der Rechtssatz (nach strengem Rechte) gilt; sie verwerfen ihn aber aus anderen, rechtsfremden Gründen. Stets ist ihnen das jus strictum ein Rechtsgebot, aber ein solches, das überwunden werden muß; die Erteilung des Prädikats strictum ist bei ihnen Kritik am geltenden Recht (nicht Bezeichnung der früheren Stufe), ein Grund, mit Interpolationen einzugreifen.

11. Dieser neuen, allgemeinen Kategorie des jus strictum gehören dann schließlich auch die Klagen an, deren Formel die Worte „ex fide bona" fehlen. Biondi[5]) erklärt für den Hauptnamen „actio stricti juris"; er stützt sich dabei auf Inst. 4, 6, 28 und C. 5, 13, 1, 2.[6]) In der

[1]) Eisele, Beitr. 79; Ferrini, Pandette 660, 3; Obblig. 712; Pacchioni, I contratti a favore di terzi 52; Riccobono, Mél. Fitting 2, 470; Bonfante, Ist. 398, 3.

[2]) Oben S. 654 Nr. 5.

[3]) Kniep, Gai. Inst 3, 10 hält „hoc jus — intelligere" für einen Zusatz des Gaius zum Grundstock.

[4]) Just. Inst. 3, 3 pr. setzt dafür „angustiae".

[5]) Actiones stricti juris 16.

[6]) Dazu kommt noch Juliani Epit. Novell. 504 (Haenel S. 165).

Kodexstelle aber ist die actio nicht wirklich so genannt; es heißt dort actionem stricto jure esse vallatam. Die andere Terminologie „strictum judicium" haben Inst. 4, 6, 30, Nov. 36, 3[1]), D. 13, 6, 3, 2[2]) und D. 12, 3, 5, 4 (in actione stricti judicii).[3]) Es werden also mindestens beide Bezeichnungen gleichwertig nebeneinander gebraucht.

stricta ratio.

1. Bei Gaius (Inst. 3, 160) ist von der Beendigung des Mandats durch Tod die Rede. Die erste Ausnahme von der Regel wird eingeleitet: „sed utilitatis causa receptum est —; alioquin — damnum — adferret"; die zweite: „plerisque placuit —, cum alioquin stricta juris ratione non posset —". Stricta juris ratio meint also die genaue Beachtung der Rechtsregel. Vom strictum jus ist nicht die Rede; nicht das jus ist strictum, sondern die ratio stricta.

2. Bei Constantin (C. 3, 1, 8)[4]) wird die stricta juris ratio zur stricti juris ratio, zur Beachtung des strengen Rechtes; und Justinian läßt die scheinbar in den Zusammenhang des favor libertatis gehörige Wendung[5]) als allgemeine Regel herausnehmen und stellt sie an die allgemeinste Stelle, in den Titel „de judiciis".[6])

3. D. 35, 1, 16 (Gai. 1 de test. ad ed.): — ea vero, quae ex ipso testamento orerentur, necesse est secundum scripti juris rationem expediri (Gegensatz: ex aequo et bono interpretationem capere).

Die Stelle gehört hierher nur, falls die abweichende Lesung der Basiliken[7]) (die „stricti juris" verlangt) zutrifft; sie scheint aber, wie unten darzulegen[8]), auf ihrer eigenen Theorie zu beruhen.

In den Digesten ist die stricta ratio überall interpoliert:

4. D. 11, 7, 43 (Pap. 8 quaest.): [— nam propter publicam utilitatem ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus — nam summam esse rationem, quae pro religione fit].[9])

Gegensatz ist die Berücksichtigung der (christlichen) Religion, die sich also hier mit der aequitas und der bona (humana) fides[10]) trifft.

---

[1]) stricto jure celebrato: von Biondi nicht angeführt, allerdings von Zachariae (vgl. Schoell-Kroll, Nov. S. 243 zu Z. 42) durch Konjektur weggedeutet.

[2]) Wo entsprechend der Interpolation im Anfang (sicut in ceteris bonae fidei judiciis) offenbar „in stricti[s judiciis]" zu ergänzen ist.

[3]) In der Darmstädter Kodex-Handschrift steht zwischen C. 4, 21, 17 und 18 ein merkwürdiges Stück, das Krüger (Cod.) Justinian abspricht: in bone fidei contractibus nisi quis dolose versatus fuerit stricti juris juditio non tenetur.

[4]) Oben S. 645. [5]) Vgl. C. 7, 22, 3.

[6]) Übrigens ist die Möglichkeit zu erwägen, daß erst Justinian [quam stricti juris] hinzufügte; „praecipuam esse quam" klingt merkwürdig.

[7]) Heimb. Bas. 4, 441; vgl. Pernice, Sav. Z. 20, 163, 2.

[8]) Unten S. 664 Anm. 5.

[9]) Segré, Studi Brugi 409, 2; De Francisci, La legg. passiva nel a. funeraria 9, 1; Taubenschlag, Sav. Z. 38, 246 f.; Riccobono, Rivista di dir. civ. 3, 44 und Dal dir. rom. class. al dir. mod. 256, 2; Bonfante, Ist. 268, 1.

[10]) Oben S. 654 Nr. 7.

5. D. 41, 1, 7, 5 (Gai. 2 rer. cott.): — cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non [tamen] is [cuius is ager fuerat, stricta ratione] quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma et, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: [sed vix est, ut id optineat].[1])

Vielleicht ist das ganze Stück [licet — forma et] zu streichen. [Licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen] ist fast wörtlich aus dem vorhergehenden Satz (ad priorem alveum reversum fuerit flumen) übernommen und eben deshalb überflüssig; daß der Fluß zurückkehrt, ergibt sich aus dem Zusammenhange und dem Vergangensein des „occupare" (occupaverit). [Is cuius is ager fuerat] ist bereits durch Konjektur[2]) getilgt, weil das Subjekt schon im „cuius" des Anfangs steckt. [Non — is — quicquam in eo alveo habere potest] verdoppelt, was am Schlusse heißt: non potest — ullam partem in eo alveo habere. [Quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma]: es ist nicht die Frage nach dem Eigentums-Verlust gestellt — die ist überall ebenso zu beantworten[3]) —, sondern die nach dem Eigentums-Rückerwerb; der ist nicht möglich, weil keiner da ist, „qui prope ripam eius praedia possideret"; es fehlt an der Sache, zu der die Akzession gehören könnte. Die Konstruktion „quia et — desiit — et, quia — habet, non potest" ist unmöglich. Der verbleibende echte Teil würde lauten: cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere.[4]) Vielleicht hat am Schlusse eine Diskussion über die Frage gestanden, wem das Flußbett nun gehört; denn Pomponius (D. 41, 1, 30, 3 a. E.) scheint auf einem anderen Standpunkte zu stehen. — Die Byzantiner schieben die ihnen aus Gaius bekannte stricta ratio ein; ihr zufolge fehlt es an der Identität des Grundstückes; die solche Strenge verurteilende byzantinische Lehre sieht das Grundstück als dasselbe, als das alte an und gibt deswegen dem alten Eigentümer das Eigentum.

6. D. 48, 16, 1, 10 a. E. (Marcian. l. sing. ad sc. Turpill.): [an vero stricta ratione quibusdam facultas non competat?].

Mommsen, Rö. Strafrecht 497, 3: „Die beiden Stellen D. 48, 16. 1, 10, wonach die Frau bei der Zulassung zur Anklage verantwortlich wird, und

---

[1]) Riccobono, Studi Schupfer 1, 218; Ferrini, Pandette 389, 4; Krüger, Dig.; Bonfante, Ist. 254, 1. Zur Schlußwendung vgl. D. 32, 18 [sed vix id optinere potest] (Di Marzo, Mél. Girard 2, 145; Bonfante, Ist. 235, 2; anders Beseler, Beitr. 2, 11); zu optinere überhaupt Seckel s. h. v.

[2]) Menge-Krüger, Dig.

[3]) Vgl. D. 41, 1, 7, 6: namque inundatio speciem fundi non mutat.

[4]) Daß in Inst. 2, 1, 23 der ganze Teil von „cuius tamen" an fehlt, beweist nichts gegen die Echtheit dieses Stückes, da hier die Überlieferung der Digesten glaubhafter ist, als die der Institutionen (Pringsheim, Kauf m. fremd. Geld 65 f.; Levy, Konkurrenz 1, 421, 4).

D. 48, 14, 4 pr., wonach sie von der Verantwortung befreit ist"; dann kommt ein Versuch, den Widerspruch zu lösen, dem man heute nicht folgen wird. Beseler, Beiträge 3, 165; 4, 191, 207: „Das ganze unerträglich breite, inhaltlich minderwertige, sprachlich vielfach auffällige Stück ist Paraphrasis." Dem ist durchaus zuzustimmen. Quid enim interest? Quid porro refert? An haec intersint? Eine Fülle aufgeregter Fragen. „Quid refert" ist stets interpoliert. Es begegnet nur noch[1]) in D. 47, 2, 68, 2 ip. (Beseler, Beitr. 4, 230) und D. 21, 2, 51 pr. [quid refert, sordibus judicis an stultitia res perierit] (vgl. Beseler, Beitr. 4, 140 und C. 3, 44, 8, Vat. Fragm. 8; überall ist nur von injuria judicis, nirgends von error die Rede; sordes ist immer interpoliert).[2])

stricta observatio:

Just. C. 6, 28, 31 pr.: in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est.

Gegensatz ist „dei humanitas" und „simplicitati subvenire". Der simplicitas, einer echt christlichen Eigenschaft, kommt die klassische

---

[1]) Voc. Jur. Rom. 5, 55, 15.

[2]) Voc. Jur. Rom. (5, 636, 44) gibt folgende Stellen:

D. 4, 4, 7, 8 (Eisele, Sav. Z. 30, 108).

D. 4, 4, 47 pr. [nec de sordibus tutoris merito quippiam dici potest]: Moduswechsel (distracta sit — dici potest); überflüssig: der Inhalt ist zuvor mit „bona fide" angegeben. Auch der Schluß [nec idcirco — vacaret] ist verdächtig: delicto vacare kommt nur hier vor (Voc. Jur. Rom. 2, 154, 13); über culpa, dolo vacare vgl. Levy, Sav. Z. 37, 38, 2; dazu Partsch, Neg. gestio 1, 83 Anm.; Albertario, Form. Fabiana 37.

D. 4, 6, 26, 4 [item per — si per gratiam aut sordes magistratus jus non dixerit — corrumpit]. Mommsen, Dig. greift bereits ein. Beseler, Beitr. 1, 77; 3, 98 streicht etwas weniger. Si jus non dixerit; vorher aber: si jus non dixit.

D. 4, 8, 8, 1 [arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia ex causa nolle sententiam dicere]. Seckel s. v. gratia 1 b, s. v. interponere 1 c β; Beseler, Beitr. 2, 91; 3, 35.

D. 5, 1, 15, 1 [dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes]. Seckel s. v. gratia 1 b; Beseler, Beitr. 1, 77. Über „vel etiam" Pringsheim, Kauf m. fremd. Geld 149, 1 und dazu noch: D 3, 5, 2 (Bertolini, App. didatt. 1045); D. 4, 4, 32 (Beseler, Beitr. 4, 88); D. 7, 8, 16, 2 (Lenel, Sav. Z. 39, 168); D. 8, 47, 1 (Lenel, Pal. 1, 1264); D. 10, 2, 2 (Wlassak, Krit. Stud. 116); D 12, 3, 4, 3 (Faber-Krüger, Dig.); D. 18, 1, 19 (Pringsheim, Kauf 70); D. 20, 1, 5 (Perozzi, Obbl. 133; Fehr, Hyp. 81; Ebrard, Hypothekarezeption 79); D. 27, 4, 1, 3 (Solazzi-Lenel, Sav. Z. 35, 160); D. 28, 5, 82 pr. (Mommsen-Krüger, Dig.); D. 32, 16 (Haymann, Sav. Z. 40, 333, 2); D. 38, 2, 29, 6 (Goveanus-Krüger, Dig.); D. 41, 2, 44, 2 (Beseler, Beitr. 3, 146); D. 41, 3, 31, 3 (Riccobono, Sav. Z. 31, 358, 3); D. 45, 1, 91, 1 (Rabel) Mél. Gérardin 487, 3); D. 48, 5, 14, 1 (Beseler, Beitr. 3, 90, Gai Inst 2, 167 (Perozzi, Ist. 2, 507).

D. 26, 7, 7, 2 [per sordes aut gratiam]. Beseler, Beitr. 4, 236, 246 mit Literatur.

Jurisprudenz nur im Bereiche der Soldatenprivilegien zu Hilfe.[1]) Sonst ist die vana simplicitas kein Entschuldigungsgrund.[2]) Erst die Byzantiner unterstützen die „reinen Toren".[3])

stricte[4]):

1. Just. Inst. 2, 20, 3: legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem — pinguiorem naturam indulgentem.

2. Just. Inst. 4, 13, 10[5]): hodie autem non ita stricte haec procedere volumus.

3. D. 7, 8, 12, 2 (Ulp. 17 ad Sab.): [hoc amplius — neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum].[6])

strictius:

1. Just. C. 6, 42, 32, 2: leges — strictius causam exigunt.

2) D. 8, 2, 20, 2 (Paul. 15 ad Sab.): Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur utilitas exigit, ut idem intellegatur: [nam alioquin si quid[7]) strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur: et ideo sublato aedificio usus fructus interit, quamvis area pars est aedificii].

Zwischen dem ersten und dem zweiten Teile klafft ein Widerspruch; man weiß zuletzt nicht, ob das Recht bestehen bleibt oder nicht (utilitas exigit — et ideo interit). Sachlich erinnert die Erörterung stark an D. 41, 1, 7, 5 (quia et ille ager qui fuerat desiit esse).[8]) Auch dort war dieselbe Unschlüssigkeit im Eingreifen merkwürdig. Dazu kommt eine Fülle von Kennzeichen der Interpolation: a) stillicidium ist eine Servitut[9]) und kein Ususfruct. Erst die Byzantiner kennen den Oberbegriff der servitus über Personal- und Prädialservituten.[10]) b) Die Servitut geht nicht mit der superficies des herrschenden Grundstücks unter[11]) und entsteht wieder, wenn das dienende

[1]) D. 29, 1, 1 pr. (Trajan); C. 1, 18, 1 (212); C. 6, 21, 3 (213).

[2]) D. 14, 6, 3 pr.

[3]) simplicitas (Voc. Jur. Rom. 5, 552, 3): D. 4, 3, 1 pr. (Beseler, Beitr. 3, 64); D. 22, 3, 25, 1 (Cujac.-Krüger, Dig.); D. 26, 10, 3, 18 (Glo. Mommsen, Dig.; ip. Seckel s. v. inertia). simplicior und simpliciter in solcher Bedeutung (Voc. Jur. Rom. 5, 552, 1; 5, 552, 40): D. 21, 1, 37 (Beseler, Beitr. 2, 93); D. 11, 7, 14, 5 [nec — faciunt]; D. 3, 5, 5, 6 [ita simpliciter versatus est, ut]; einzige Stelle mit simpliciter versari; bei Just. C. 5, 13, 1, 7 a. E.: si non dolo malo versatus est. Aus byz. Zeit: Zenob. C. 1, 3, 29: τὰς ἁπλουστέρας ψυχὰς τοῦ δήμου; Just. C. 1, 5, 20, 3 u. 5; Nov. 73, 9 (ἁπλότητος).

[4]) strictior inquisitio (C. 5, 43, 3 (229)) und strictiora remedia (C. Theod. 9, 5, 1 pr. (320—323) = C. Just. 9, 8, 3 = Bruns, Fontes Nr. 94) sind unverdächtig.

[5]) Vgl. Levy, Konkurrenz 1, 143, 5.

[6]) Riccobono, Studi Scialoja 1, 579; Albertario-Rotondi, Postille esegetiche 20, 2.

[7]) „quis": Mommsen, Dig. [8]) Oben S. 658.

[9]) Sofort darauf D. 8, 2, 20, 3: si servitus stillicidii.

[10]) Just. C. 3, 34, 13: sicut usumfructum — ita et in ceteris servitutibus; D. 8, 1, 1 [servitutes aut personarum sunt, ut — ususfructus]; D. 50, 16, 25 pr.: quia ususfructus non dominii pars [sed servitutis] sit. Bonfante, Ist. 319, 1 mit Literatur.

[11]) D. 8, 3, 13 pr.: ideo sublatis vineis servitus manebit.

untergegangene Grundstück neu entsteht.[1]) Anders beim ususfructus.[2]) c) [si quid strictius interpretetur]. quid! Was wird interpretiert? Gegensatz ist offenbar hier wie in D. 7, 8, 12, 2 (tam stricte est interpretanda[3])) die stets byzantinische humanior interpretatio.[4]) Ersetzt man „quid" durch „quis", so spricht ein (byzantinischer) Betrachter des Falles.[5]) d) sequenti loco. Sonst[6]) bedeutet dies „an späterer Stelle einer Schrift", hier aber wohl „an zweiter Stelle", aber auf demselben Platz (also eigentlich priore loco). e) „interit" statt „interiret"; quamvis mit Indikativ. f) area pars est aedificii. Aber D. 7, 4, 8: quia villa fundi accessio est; und D. 50, 16, 211: area = locus sine aedificio.

destricte = streng.

D. 4, 4, 7, 8 (Ulp. 11 ed.): [— destricte probandum est —].[7])

I. Byzantinische Theorie des jus strictum. Wo immer in den Digesten das Wort strictus erscheint, sprechen die Byzantiner. Blickt man in ihre Gedankengänge hinein, wie sie Theophilos (Instit. Paraphr.) und die Scholiasten der Basiliken klarlegen, so ist man überrascht, Worte und Begriffe des Aristoteles wiederzufinden. Die byzantinischen Gelehrten sind auch hier die Übermittler der Antike an das Mittelalter. Auch die Digesten kennen Aristoteles, der von Julian[8]) zitiert wird; aber hier handelt es sich um eine naturwissenschaftliche Frage.[9]) Auf dem Gebiete des Rechts hatten die klassischen Juristen von den Griechen nicht viel zu lernen. Ganz anders verhält sich die byzantinische Professorengelehrsamkeit. Sie holt sich die Begriffe, insbesondere die rechtsphilosophischen, bei den Griechen. Das sagt ausdrücklich Theophilos (Inst. 1, 1): *ἀλλὰ τί μέν ἐστι νόμος; ἀνάμεινον — μαθεῖν — ἀπό τε τῶν ῥητόρων καὶ φιλοσόφων ἅμα καὶ νομικῶν.* Die Lehre vom Gesetz ist bei Rhetoren und Philosophen, die zugleich Juristen sind, zu finden und zu lernen. Philosophen und Rhetoren sind die Vermittler griechischer Denkart und Lehre.

1. Die Wiedergabe der Stellen mit jus strictum bei den Byzantinern führt unmittelbar auf die Spur des Aristoteles. Zuweilen lassen sie das lateinische Wort stehen.[10]) Das Übliche aber ist, daß sie es

---

[1]) D. 8, 6, 14 (wie die vorige Stelle Javol. 10 ex Cassio): servitus quoque in pristinum statum restituitur.

[2]) D. 7, 1, 34, 2 (kein Legat an der area nach Abbrennen des vermachten Hauses); D. 7, 1, 36 pr. (kein Legat an der area nach Abbrennen und Wiederaufbau des Hauses). Vgl. auch die Erörterung in D. 7, 4, 5, 2—7, 4, 12.

[3]) Oben S. 660 Nr. 3. [4]) H. Krüger, Sav. Z. 19, 31 f.

[5]) Beseler, Beitr. 4, 232.

[6]) Gai Inst. 2, 191; D. 5, 2, 8 pr.; D. 40, 9, 24 (einzige Stellen zufolge Voc. Jur. Rom. 5, 367, 30).

[7]) Eisele, Sav. Z. 30, 108.

[8]) D. 46, 3. 36.

[9]) Vgl. das Schol. des Anonymos Heimb. Bas. 4, 61 dazu.

[10]) Kyr. Schol. *ἐπί* (Heimb. Bas. 3, 2) zu D. 13, 6, 3, 2 (in stricti): *ἐπὶ τῶν στρίκτων*, Theoph. zu Inst. 4, 6, 28 (quaedam stricti juris): *αἱ δὲ στρίκται.*

mit *ἀκρίβεια, ἀκριβής* wiedergeben.[1]) Die notwendige Gleichsetzung beider Begriffe folgt aus Theophilos (Inst. 4, 6, 30): *ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων, ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος*. Geht man der *ἀκρίβεια* bei den Byzantinern nach, so erweitert sich der Kreis. Scholiasten und Paraphrasten sind überaus häufig mit diesem Begriffe beschäftigt, viel häufiger, als die immerhin beschränkte Zahl der Corpus-juris-Stellen mit jus strictum erwarten ließe. Hieraus folgt noch einmal, daß von ihnen der Begriff in die klassischen Stellen eingefügt ist, daß er nicht etwa aus diesen Quellen zu den Byzantinern kam. Aus der Masse der Anknüpfungen können nur die wichtigsten hervorgehoben werden. Von *τὰ στρίκτα* spricht Stephanos[2]), Kyrillos[3]) und Thalelaeos[4]), von *στρίκται ἀγωγαί* Stephanos[5]), von *στρίκτα δικαστήρια* Stephanos[6]), von *στρίκται ὡμολογίαι* der Anonymos[7]), von *στρίκτα συναλλάγματα* Stephanos.[8]) Bald erkennt man, daß die *ἀκρίβεια* für die Byzantiner nicht nur das jus strictum bedeutet, sondern weit darüber hinaus das alte Recht selbst mit seiner Formenstrenge und Genauigkeit, so oft sie ihren neuen Maßstab der Billigkeit abändernd und verurteilend anlegen. So wird die *ἀκρίβεια* zur Quelle für eine Menge von Begriffen und Gegenbegriffen des späten Rechts. Ihr entspringen außer dem jus strictum, dessen Stellung bei den Byzantinern damit zugleich umzeichnet wird:

a) juris rigor (oben S. 648 Nr. 6): D. 40, 5, 24, 10 ip.: Bas. Text (Heimb. Bas. 4, 662): *παρὰ τὸν νόμον*; Dor. Schol. *ἐάν τις* (ebenda): *παρὰ τὴν ἄγαν ἀκρίβειαν τοῦ νομίμου.*

b) scrupulositas (oben S. 648 Nr. 7): D. 28, 3, 12 pr. ip.; Text und Schol. des Kyr. und Anon. (Heimb. 4, 48); Inst. 2, 20, 36; Theophilos dazu.

---

[1]) Bas. Text zu D. 5, 3, 50, 1 (stricto jure) Heimb. 4, 233: *πρὸς ἀκρίβειαν.*
Dor. Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 4, 704) zu D. 40, 7, 28 pr. (stricto jure): *κατὰ μὲν ἀκρίβειαν.*
Anon. Schol. *καὶ διά* (Heimb. Bas. 5, 319) zu D. 9, 2, 51, 2 (strictam rationem insuper habemus): *παρορᾶται τὸ ἀκριβές.*
Theoph. zu Inst. 2, 20, 3 (stricte): *πολλῆς ἀκριβείας — ἐχόμενα.*
Theoph. zu Inst. 3, 3 pr. (stricto jure): *ἀκρίβειαν καὶ στενότητα.*
Theoph. zu Inst. 3, 26, 10 (stricta juris ratione): *κατὰ τὸ ἀκριβές — παρὰ τὴν ἀκρίβειαν.*
Theoph. zu Inst. 4, 13, 10 (non ita stricte haec procedere volumus): *οὐ βούλεται ταύτην ἄδικον χώραν ἔχειν ἀκρίβειαν* (bemerkenswert ist bereits hier, daß die *ἀκρίβεια ἄδικος* heißt).

[2]) Zu D. 13, 6, 3, 1 (Heimb. Bas. 2, 2) und zu D. 12, 1, 7 (Heimb. Bas. 2, 603).

[3]) Zu D. 13, 6, 3, 2 (Heimb. Bas. 2, 3).

[4]) Zu C. 2, 11, 20 (Heimb. Bas. 2, 462).

[5]) Zu D. 13, 6, 3, 1 (Heimb. Bas. 2, 2) und zu D. 12, 1, 40 (Heimb. 2, 633) in seiner langen *προθεωρία* über pacta und *στρίκτα ἀγωγή.*

[6]) Zu D. 12, 5, 4 pr. (Heimb. Bas. 3, 16).

[7]) Zu D. 39, 6, 36 (Heimb. Bas. 4, 612).

[8]) Zu D. 12, 1, 8 (Heimb. Bas. 2, 613); vgl. das neuere Schol. *εἰ καί* zu D. 17, 1, 62, 1 (Heimb. Bas. 2, 146): *οὐκ ἔστιν ἡ μανδάτου στρίκτα.*

c) apices juris (oben S. 652): D. 17, 1, 29, 4 ip.; Anon. Schol. *σημείωσαι* (Heimb. Bas. 2, 116): *οὐ δεῖ τὴν ἀκρίβειαν, ἢ τὴν λεπτότητα τοῦ νόμου σκοπεῖν.*

d) jus subtile: D. 40, 5, 24, 10 ip.; Dor. Schol. *ἐάν τις* (Heimb. Bas. 4, 662): *κατὰ τὴν ἄγαν ἀκρίβειαν.*

e) subtilitas (oben S. 648 Nr. 9); D. 20, 6, 8, 16 ip.; Anon. Schol. *σημείωσαι* (Heimb. Bas. 2, 116): D. 39, 5, 25 ip. (juris subtilitas); Bas. Text (Heimb. Bas. 4, 574); Inst. 2, 23, 12 a. E. Just. (legis subtilitas); Theophilos dazu; Inst. 3, 2, 3ª Just.; Theophilos dazu.

f) civilis ratio: D, 4, 5, 8 ip.; Steph. Schol. *τάς* (Heimb. Bas. 4, 557); ratio disputandi, subtilis ratio: D. 9, 2, 51, 2 ip.; Bas. Text (Heimb. Bas. 5, 318).

g) quantum ad verba: D. 5, 3, 36, 3; Steph. Schol. *ὁ μάλα* (Heimb. Bas. 4, 227); subtilitas verborum: D. 12, 1, 20 ip.; Bas. Text (Heimb. Bas. 2, 617).

h) singularia: D. 12, 1, 15; Bas. Text (Heimb. Bas. 2, 610), Steph. Schol. *ἐπὶ γάρ* zu D. 12, 1, 2 (Heimb. Bas. 2, 589); D. 25, 2, 1 (singulare); Dor. Schol. *τὸ τῆς* (Heimb. Bas. 3, 300).

i) recte: D. 5, 2, 2; Steph. Schol. *τίνες* (Heimb. Bas. 4, 3); D. 5, 2, 17 pr.; Steph. Schol. *δύο* (Heimb. Bas. 4, 20).

Als Gegenbegriffe der *ἀκρίβεια,* die gleichfalls für die Kennzeichnung des jus strictum wertvoll sind, treten folgende bei den Byzantinern besonders beliebte hervor:

a) humanitas (vgl. oben S. 648 Nr. 1; S. 648 Nr. 5; S. 654 Nr. 7 vel humano proposito S. 648 Nr. 3): D. 12, 1, 21 ip ; Anon. Schol. *τούτεστιν* (Heimb. Bas. 2, 618): D. 17, 1, 45, 4 ip.; Steph. Schol. *εἰ ἐν* (Heimb. Bas. 2, 124); humana interpretatio: D. 38, 17, 1, 6 ip.; Dor. u. Enant. Schol. *ὁ μισθώσας* und *φησί* (Heimb. Bas. 4, 486).

b) benignius (vgl. benignitas oben S. 648 Nr. 8; placare et lenire oben S. 648 Nr. 6; mollire oben S. 648 Nr. 8; mollis animus oben S. 653 Nr. 1; mitigari oben S. 648 Nr. 4): D. 23, 3, 9, 1 ip.; Steph. Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 3, 355). benignius interpretari: D. 40, 4, 18, 1; Dor. Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 4, 634). benigna interpretatio: D. 23, 4, 9; Thal Schol. *τὸ παλαιόν* zu C. 5, 12, 26 (Heimb. Bas. 3, 442 f.); C. 5, 27, 4, 1 d Just.; Anon. Schol. *ἐπειδή* (Heimb. Bas. 4, 272); Inst. 3, 19, 10; Theophilos dazu.

c) melius: D. 9, 4, 8 a. E. ip.: Steph. Schol. *ἐπὶ κοινῶν* (Heimb. Bas. 5, 343).

d) utilitas (vgl. oben S. 657 Nr. 4): D. 40, 7, 36; Dor. Schol. *ὅτε* (Heimb. Bas. 4, 708).

e) favor libertatis (vgl. oben S. 648 Nr. 6, S. 655 Nr. 8): D. 40, 2, 4 pr. ip.; Dor. Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 4, 623): D. 40, 5, 4, 16; Dor. Schol. *εἰ* (Heimb. Bas. 4, 653).

Wenn man diese positiven und negativen Reflexe der *ἀκρίβεια* überblickt, so bekommt man den Eindruck, an einem Mittelpunkte der

byzantinischen Gedankenwelt zu stehen. Zur *ἀκρίβεια* führen viele Wege, die zur Reformierung des klassischen Rechtes gegangen werden.

2. Die klassischen Quellen werden im Sinne des jus strictum und der *ἀκρίβεια* ausgedeutet. D. 22, 1, 3, 1 spricht von den „judicia quae non sunt arbitraria nec bonae fidei"; Stephanos[1]) fügt hinzu: *τουτέστιν καὶ ἐπὶ τῶν στρίκτων.* D. 44, 7, 57 sagt: sive bona fide sint sive non sint; Stephanos[2]) überträgt: *ἐπὶ τῶν βόνα φίδε καὶ ἐπὶ τῶν στρίκτων.* D. 12, 5, 9, 1 sagt: ex testamento vel ex stipulatu; Kyrillos[3]) faßt zusammen: *ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων.* Inst. 1, 21, 3[4]) sprechen von den „sublatae legis actiones"; Theophilos dazu: *τῆς παλαιᾶς ἀναιρεθούσας ἀκριβείας.*[5])

3. Wo sich zwei Stellen widersprechen, weil die eine klassisch, die andere interpoliert ist, helfen sich die Byzantiner mit der Erklärung, die eine (die klassische) gelte *πρὸς ἀκρίβειαν,* die andere (die interpolierte) *κατὰ τὸ φιλαγαθόν.*[6]) *φιλαγαθός* steht aber in ihrem Sinne wie *φιλάνθρωπος* der bona fides nahe.[7])

4. Aus der Wende um 500 gibt Boëthius[8]) die neue Fassung: in his igitur judiciis, in quibus additur ut ex bona fide judicant, id est ubi ita judices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes sed bonam fidem quaerant. Der Gegensatz von bona fides und strictae stipulationes wird hier bereits deutlich. Bei den Byzantinern ruft dann das Wort stipulatio die *στρίκτα ἀγωγή* und die *ἀκρίβεια* herbei.[9])

5. Das römische „jus" wird zum byzantinischen „jus strictum". Oft, wo die klassischen Quellen vom jus sprechen, greift die *ἀκρίβεια* ein; so z. B. bei der Wiedergabe von non jure[10]), juris observatio[11]), jure civili[12]), ipso jure.[13]) Der Gegensatz des zivilen Rechts zum prätorischen wird dahin ausgelegt, daß das prätorische Recht die *ἀκρίβεια* überwindet; dahin gehört die Verneinung der *ἀκρίβεια* bei der

---

[1]) Schol. *καὶ* (Heimb. Bas. 2, 680).
[2]) Schol. *εἶπον* zu D. 12, 1, 18 (Heimb. Bas. 2, 613).
[3]) Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 3, 18).
[4]) Vgl. Gai. Inst. 1, 184.
[5]) Die Byzantiner deuten scriptum jus (D. 35, 1, 16) als *ἀκρίβεια* (Bas. Text Heimb. Bas. 4, 41).
[6]) Z. B. D. 24, 2, 1 mit D. 24, 2, 6 ip. und dazu Anon. Schol. *τὸ τῆς* (Heimb. Bas. 3, 230, vgl. denselben Heimb. Bas. 3, 178, 208, 284). D. 41, 1, 37, 6 mit D. 39, 5, 13 ip. und dazu Enant. Schol. *ἐν τῷ* (Heimb. Bas. 4, 569).
[7]) Steph. Schol. *φιλάνθρωπος* zu D. 5, 3, 20, 4 (Heimb. Bas. 4, 207).
[8]) In Topica Cic. B 6 (Orelli-Baiter 5, 378).
[9]) Theoph. Inst. 4, 13. 2 (ex stipulatu): *ἀπὸ ἐπερωτήσεως διὰ τὴν τοῦ νόμου ἀκρίβειαν*; Steph. Schol. *εἰ τους* (Heimb. Bas. 2, 53, 54) zu D. 16, 3, 25, 1; Thal. Schol. *ὁ γάρ* (Heimb. Bas. 2, 725) zu C. 4, 32, 13; Steph. Schol. *ἐπί* (Heimb. Bas. 2, 715) zu D. 22, 1, 38, 7.
[10]) Inst. 2, 11, 4; Theoph. dazu: *παρὰ τὴν ἀκρίβειαν.*
[11]) C. 6, 21, 14; Bas. Text (Heimb. Bas. 3. 641): *παρὰ τὴν ἀκρίβειαν.*
[12]) Inst. 3, 13, 1; Theoph. dazu: *ἐκ τῆς πολιτικῆς ἀκριβείας* (vgl. Inst. 1, 13, 5; 2, 1, 11; 2, 23, 4 mit Theophilus Inst. Par.).
[13]) D. 2, 14, 27. 2 a. A.; Bas. Text (Heimb. Bas. 1, 600): *ἀκρίβεια τοῦ νόμου*; Inst. 3, 10, 3; Theoph.: *αὐτῷ μὲν τῷ νόμῳ καὶ τῇ ἀκριβείᾳ*; Inst. 3, 1, 5; Theoph.: *αὐτῇ μὲν τῇ ἀκριβείᾳ ἢ καὶ τῷ νόμῳ.*

actio utilis (im Gegensatz zur actio directa)[1], bei der exceptio (im Gegensatz zur actio)[2] und bei dem officium judicis.[3])

6. Diese *ἀκρίβεια* aber ist eine *ἀκρίβεια τοῦ νόμου (τῶν νόμων)*.[4]) Sie wird sogar dem *νόμος* selbst gleichgesetzt.[5]) Stets wird sie verworfen und die rein kritische, negative Bedeutung des Begriffes noch mehr betont in der Wendung: *τὴν ἄγαν ἀκρίβειαν ἐξετάζειν τοῦ νόμου.*[6]) *στρίκτος* und *νόμιμος* gehören zusammen[7]), so wie aequus und *δίκαιος*.[8]) So trennen sich die beiden Lager: auf der einen Seite *ἀκρίβεια*, jus strictum, *νόμος*, *νόμιμον*, *ἀδικόν*[9]) — auf der andern *δικαιοσύνη*[10]), aequitas[11]), bona fides[12]), *δίκαιον*.

7. Man erinnert sich an Aristoteles[13]): *τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μέν ἐστιν οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου — ὁ μὴ ἀκριβοδίκαιος — ἐπιεικής ἐστιν, καὶ ἡ ἕξις αὕτη ἐπιείκεια, δικαιοσύνη τις οὖσα.* Daneben steht Gorgias[14]), der *τὸ πρᾶον ἐπιεικές* der *νόμου ἀκρίβεια* vorzieht.[15]) Die Linie, die von der griechischen Philosophie zur byzantinischen Lehre führt, ist deutlich erkennbar. Denn auch die *ἐπιείκεια* ist bei den Byzantinern wiederzufinden; sie ist auch ihnen das Gegenstück zur *ἀκρίβεια*[16]), wenn sie bei ihnen auch nicht die große Rolle spielt wie diese letztere, sondern oft durch humanitas, benignitas, pietas und ähnliche halbchristliche Ausdrücke ersetzt wird. Theophilos[17]) hat recht: was Gesetz und Recht (was jus und jus strictum) ist, das haben die Byzantiner von den (griechischen) Rhetoren und Philosophen gelernt. Übrigens wurde der Zusammenhang zwischen jus stric-

[1]) D. 24, 3, 45 ip. [directo] [— utilem actionem —]; Bas. Text (Heimb. Bas. 3, 279): *κατὰ τὸ ἀκριβές*. C. 5, 14, 7 ip. [utilis — actio]; Bas. Text (Heimb. Bas. 3, 483): *ἀκριβής — ἀγωγή*. Beide Stellen handeln vom Vertrage zugunsten Dritter (oben S. 656 Anm. 2).

[2]) (Vgl. oben S. 653 Nr. 5.) D. 2, 14, 58: Steph. Schol. *δύναται* (Heimb. Bas. 1, 63); D. 19, 2, 15 pr. u. 19, 1, 20: Steph. Schol. *τοῦτο* (Heimb. Bas. 2, 343); C. 2, 3, 5: Thal. Schol. *ἐν μέρει* (Heimb. Bas. 1, 646).

[3]) D. 5, 4, 1, 3: Steph. Schol. *εἴρηται* (Heimb. Bas. 4, 244); D. 10, 2, 25, 6: Anon. Schol. *τοῦτο* (Heimb. Bas. 4, 280).

[4]) Theoph. Inst. 2, 23, 12; 3, 10, 3; 4, 13, 2. Steph. (Heimb. Bas. 4, 1) zu D. 5, 2, 1 und (Heimb. Bas. 4, 3) zu D. 5, 2, 2. Nov. 18, 8 a. E.; Nov. 40, 1 pr.; Nov. 46 pr. (*διὰ τὴν περὶ τοὺς νόμους ἀκρίβειαν*). Vgl. das Reskript in Pap. Cairo Masp. 67024, 40 (550): *μεθ' ὅσης νόμος ἀκριβείας προστάττει*.

[5]) Theoph. Inst. 3, 1, 5: *τῇ ἀκριβείᾳ ἢ καὶ τῷ νόμῳ*.

[6]) Steph. Schol. *τούτεστιν* (Heimb. Bas. 2, 115), Schol. *προθεωρία* (Heimb. Bas. 4, 15), Schol. *εἰ δέ* (Heimb. Bas. 4, 245); Dor. Schol. *ἐάν τις* (Heimb. Bas. 4, 662).

[7]) Steph. Schol. *τάς* zu D. 4, 5, 8 (civilis ratio): *νομίμων καὶ στρίκτων ἀπαιτήσεων*.

[8]) Oben S. 647 Anm. 8. [9]) Oben S. 647 Anm. 9.

[10]) Oben S. 647 Anm. 7. [11]) Oben S. 647 Anm. 7.

[12]) Oben S. 651. [13]) Oben S. 648.

[14]) Diels, Fragm. d. Vorsokratiker fr. 6.

[15]) Über den Kampf der *ἐπιείκεια* mit dem strengen Recht vgl. Hirzel, *Ἄγραφος νόμος* (Abhandl. Sächs. Ges. d. Wiss., Phil. hist. Kl. 20, 55ff.).

[16]) D. 3, 5, 46, 1 ip. [haec subtilitas supervacua est]; Steph. Schol. *ἤτοι* (Heimb. Bas. 2, 218): *ἀλλὰ τινα ἐπιείκειαν ἔχει*.

[17]) Oben S. 661.

tum und Aristoteles bereits von den Juristen des 17. Jahrhunderts erwogen, insbesondere[1]) von Arn. Vinnius[2]): „erratque — Theophilus — quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex *τὸ ἀκριβοδίκαιον*, summum et strictum jus, sequatur“ und Ulr. Huber[3]): „Theophilus — stricti juris actiones esse putavit, in quibus observatur *τὸ ἀκριβοδίκαιον*, quod est secundum philosophum 5 ad Nicomach. 10 jus exactius duriusque.“

8. Zu demselben Ergebnisse führt die Verfolgung einer dritten[4]) Art, wie die Byzantiner das jus strictum wiedergeben. Sie übersetzen es nämlich mit „*τὰ ἠναγκασμένα*“ und „*τὰ βεβιασμένα*“[5]) und sprechen auch sonst von *ἀναγκαζεσθαι* (im Gegensatz zu humanius[6])), *νόμου δεσμός — ἀναγκάζων*[7]), *ἔννομος ἀνάγκη*.[8]) Das jus strictum und die *ἀκρίβεια* gehören also in das Reich der *ἀνάγκη* und der *βία*, der *ἔννομος ἀνάγκη*, des *νόμου δεσμός*. Auch dies führt auf Aristoteles[9]) zurück: *ὁ δὲ νόμος ἀναγκαστικὴν ἔχει δύναμιν*. Da die *ἀνάγκη* ein Element des *νόμος*-Begriffes bildet, so konnte desto leichter der *ἀνάγκης θεσμός* herausspringen.[10]) Die ihr verwandte *βία* steht im Gegensatz zur *δίκη*.[11]) Auch hier also stehen sich jus strictum, *βία, ἀνάγκη* und *δίκη (δίκαιον)* gegenüber.

9. Auch der oben aus Interpolationen festgestellte Gedanke, daß zur bona fides und aequitas natura und Consens des animus zusammengehören, läßt sich in der byzantinischen Theorie vom jus strictum wiederfinden. Für natura ist aus dem Ende des 4. Jahrhunderts zu vergleichen: Servius (Aen. 2, 442): „justum“ secundum leges et aliqua ratione constrictum, „aequum“ juxta naturam accipiunt. Für den animus Stephanos (Heimb. Bas. 1, 601): .. *οὐκ ἀναιρεῖ κατὰ ἀκρίβειαν ἐπὶ τῶν πάκτων, ἐφ' ὧν ταῖς φυσικαῖς μᾶλλον ἐννοίαις προσέχομεν. — ἐπὶ δὲ τῶν ἐπερωτήσεων οὐ προσέχομεν ταῖς ἐννοίαις, ἀλλ' αὐτῷ τῷ νόμῳ τουτέστιν τῇ ἐπερωτήσει.* In der ersten Äußerung stehen justum, constrictum und aequum, natura, in der zweiten *ἀκρίβεια*, stipulatio und *ἔννοιαι* (animi), *φυσικαὶ ἔννοιαι* (naturalis animus) einander gegenüber. Auf die Seite

---

[1]) Vgl. auch Jul. Pacius, Analysis Institut. (1646) 496.

[2]) Institut. Comment. (1676) 351.

[3]) Praelection., Institut. (1678) 349; vgl. denselben, Disgressiones Just. (3. Aufl. 1696) 11.

[4]) Vgl. oben S. 661.

[5]) C. 5, 13, 1, 2 (stricto jure esse vallatam; Bas. Text (Heimb. Bas. 3, 451): *τῶν ἠναγκασμένων ἐστιν*. D. 13, 6, 3, 2 (in stricti); Bas. Text (Heimb. Bas. 2, 3): *ἐν ταῖς βεβιασμέναις*.

[6]) D. 12, 1, 21 ip. (humanius); Anon. Schol. *καλῶς* (Heimb. Bas. 2, 618): *καλῶς τὸ φιλαγαθῶς. οὐκ ἀναγκάζεται γάρ*.

[7]) Inst. 2, 23, 1 (nullo vinculo juris); Theoph. dazu: *οὐδεὶς γὰρ νόμου δεσμὸς ἦν ὁ τοῦτο ποιεῖν ἀναγκάζων*.

[8]) Inst. 2, 23, 12 (ad juris necessitatem); Theoph. dazu: *εἰς ἔννομον ἀνάγκην*. Vgl. auch Bas. Text zu C. 5, 12, 31, 7: *ἐπὶ τῶν ἠναγκασμένων* (Heimbach, Bas. 3, 447 übersetzt ganz richtig: in strictis judiciis).

[9]) Nic. Ethik X p. 1180 a. 21.

[10]) Hirzel, Themis und Dike 428. [11]) Hirzel a. a. O. 427.

des justum, constrictum, ἀκρίβεια, stipulatio tritt in der ersten Stelle die lex, in der zweiten αὐτὸς ὁ νόμος.

10. Schließlich tritt in der Erörterung der ἀκρίβεια, des jus strictum bei den Byzantinern als sein Gegensatz noch τὸ φύσει δίκαιον [1]) auf; dem positiven Gesetz steht das von Natur Gerechte herrschend gegenüber. Das klassische Verhältnis von jus und aequitas [2]) ist völlig verwandelt. τὸ φύσει δίκαιον, das ist jetzt die naturalis aequitas [3]), das Gegenspiel der juris necessitas.[4]) Von hier aus fällt Verdacht auf die naturalis aequitas der Digesten.[5]) Der Gegensatz zwischen Gesetzesrecht und Naturrecht ist ohne Zweifel der griechischen Rechtsphilosophie entnommen, wie sie die spätere Rhetorik den Byzantinern überbrachte.[6])

K. Ergebnis. jus aequum und jus strictum sind beide der klassischen Jurisprudenz fremd. Die römische aequitas dient den Juristen als bequemes Begründungsmittel, um ihr Rechtsgefühl zur Geltung zu bringen [7]), das sie vor allzu formaler und korrekter begrifflicher Deduktion behütet; sie erfassen nicht theoretisch das Verhältnis von jus und aequitas, gehen aber dafür sehr vorsichtig mit dieser rechtsfremden (gewiß vom Griechentum beeinflußten) aequitas um. Erst in byzantinischer Zeit beginnt die aequitas das jus zu überwinden und zu be-

---

[1]) Steph. Schol. περί (Heimb. Bas. 4, 1) zu D. 5, 2, 1: ἀνακαθηκόντως μὲν ἀπὸ τῆς φύσεως τυπωθείσης, ἐρρωμένης δὲ τῇ ἀκριβείᾳ τῶν νόμων. Inst. 4, 13 pr. (justa — iniqua); Theoph. dazu: τῷ νόμῳ — ἄδικον δὲ τῇ φύσει. Inst. 4, 13, 3 (obligatus — iniquum); Theoph. dazu: οὐκ ἀναιρεῖ — strictam οὖσαν, ἀδικῷ δὲ κατὰ τὸ φύσει δίκαιον. Inst. 4, 14 pr. (justa — inique); Theoph. dazu: τῷ νόμῳ (κατὰ τὸ ἀκριβές) — τῇ φύσει. Inst. 4, 6, 10 (ipso jure — aequum); Theoph. dazu: τῇ πολιτικῇ νομοθεσίᾳ — διὰ τὸ φύσει δίκαιον.

[2]) Oben S. 644.

[3]) Theoph. zu Inst. 3, 1, 9. [4]) Inst. 2, 23, 12 (Just.).

[5]) Im Cod. Theod. kommt sie nur ein Mal, und erst 380, vor (C. Theod. 1018, 2, 5). Gaius ist sie offenbar geläufig; er stellt sie dem jus gentium nahe (D. 38, 8, 2; D. 41, 1, 9, 3). Sonst steht sie in den stets verdächtigen Ulpianischen Titeleinleitungen (Pernice, Sav. Z. 20, 148, 3; Schulz, Digesten 36, 1 übersieht diese Äußerung von Pernice) D. 2, 14, 1 pr. (Beseler, Beitr. 1, 52), D. 4, 4, 1 pr., D. 13, 5 pr.; D. 44, 4, 1, 1 (Pactus), D. 47, 4, 1, 1. Es bleiben übrig: D. 12, 4, 3, 7 (Beseler, Beitr. 3, 11), D. 38, 16, 1, 4 [quod naturali aequitati contingit] (die Wendung steht nur hier: Voc. Jur. Rom. 1, 988, 38), D. 43, 26, 2, 2 ([namque — competit] Gloss. Mommsen, Krüger Dig.; [itaque — oritur] ip. Gradenwitz-Krüger Dig., Bonfante, Ist. 488; dazwischen: est enim natura aequum — te — uti — et ut; die ganze Ulpianische Einleitung des § 2 ist inhaltsleer und überflüssig), D. 49, 15, 19 pr. (hier ist kein dringender Verdachtsgrund) und D. 50, 17, 66: desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem justam [nec ab aequitate naturali abhorrentem] (der ganze Satz ist allzu allgemein: Pringsheim, Sav. Z. 41, 258, 4; die Nebeneinanderstellung von „justus" und „nec ab — abhorrens" ist überflüssig: „abhorrere ab" knüpft in D. 8, 4, 6, 3a an eine Interpolation an).

[6]) Z. B. Plato, Protagoras 337 C: ὁ δὲ νόμος τύραννος ὢν — πολλὰ παρὰ τὴν φύσιν βιάζεται. Vgl. Zeller, Philos. der Griech. (3. Aufl.) 2, 2, 645; Salomon, Sav. Z. 32, 129 ff.

[7]) Pernice, Sav. Z. 20, 148.

herrschen. Sie verbindet sich mit der humanitas, justitia, benignitas, utilitas, begünstigt die bona fides (und damit animus und natura) und drängt so das jus in die Rolle des jus strictum, das sich mit acerbitas, angustiae, apices, asperitas, austeritas, duritia, rigor, scrupulositas, severitas, subtilitas, civilis ratio, jus civile (dînâ: Syr. RB.) verbindet. Die Byzantiner sind späte Griechen und Christen, also keine echten Juristen im römischen Sinne mehr. Sie sind Christen, denen Milde, ein Zurückbleiben hinter der Forderung des Gesetzes (pesend Syr. RB.), Menschenliebe *(φιλάνθρωπος)*, religio Pflicht ist.[1]) Sie sind späte Griechen, Schüler der alten Rechtsphilosophie, die der theoretische Begriff der Billigkeit *(ἐπιείκεια)* und der philosophische Gedanke eines dem positiven Gesetz *(νόμος)* übergeordneten Naturrechts *(τὸ φύσει δίκαιον)* leitet. Durch die Jahrhunderte wirkt die griechische Lehre, wirkt insbesondere Aristoteles auf das späte römische Recht ein, das sich so lange im echten römischen Sinne von der Philosophie ferngehalten hatte. Konstantin, der so oft als erster griechisch-christlichen Ideen zugänglich ist, erscheint auch hier als Führer. Das absolute Kaisertum verkündet mit der aequitas zugleich die von der Schranke des jus befreite Autorität des kaiserlichen Willens. Justinian mit seinen gelehrten Professoren bringt die Entwicklung zum Abschlusse. Die *ἀκρίβεια* wird zum Ausgangspunkt für eine Fülle von reformatorischen Gedanken. Das jus wird zum bloßen jus strictum, einem stets bekämpften und immer mehr zurückgedrängten veralteten Unrecht. Das römische Recht selbst ist es, das überwunden werden soll, nicht mehr bloß die allzugroße Wortstrenge und Subtilität.[2]) Siegreich erhebt sich die erneuerte Lehre von der Billigkeit[3]) und in ihrem Gefolge die bona fides als Leitstern jedes Gerichtsverfahrens, der animus (der Parteiwillen, das Gewissen) als Herr über jedes Rechtsgeschäft. Der große Wettstreit zwischen römischer praktischer Jurisprudenz und griechischer Rechtsphilosophie, der jahrhundertelang gedauert hatte, ist entschieden. Der harte Wirklichkeitssinn der Römer ist der theoretischen Spekulation der Griechen unterlegen.

Freiburg i. Br. F. Pringsheim.

---

[1]) Wie mit ihren Wahlsprüchen treten in D. 48, 19, 11 pr. (Marc. 2 de publ. jud.) Römertum uud Christentum einander gegenüber. Echt römisch Marcian: nec enim severitatis aut clementiae gloria affectanda est. Echt christlich die Byzantiner (Beseler, Beitr. 2, 32 f.): [plane in levioribus causis proniores ad lenitatem judices esse debent, in gravioribus — severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi].

[2]) Gradenwitz, Sav. Z. 26, 304.

[3]) Merkwürdig, wie Kiß (Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes" Recht, Jherings Jahrb. 58, 431 f.) bei der historischen Untersuchung des Freirechts als echt römisch gerade die byzantinische Gestalt der aequitas darstellt.

Preisaufgabe.

Bekanntlich hat das römische Recht auch das nordische beeinflußt, freilich viel weniger als irgend ein anderes germanisches Rechtssystem. In welchem Umfange dieser Einfluß, direkt oder indirekt, nachweisbar ist, hat man, jedenfalls in der norwegischen Rechtswissenschaft, noch nie zum Gegenstand einer umfassenderen Untersuchung gemacht.

Dies ist indes eine Frage, die nicht nur für die norwegische Rechtsgeschichte von hervorragender Bedeutung ist, sondern auch für die Rechtsgeschichte im allgemeinen, ja wohl auch für die Kulturgeschichte überhaupt.

Die juristische Fakultät der Universität Christiania, die durch das Wohlwollen eines Privatmannes in den Stand gesetzt worden ist, eine rechtsgeschichtliche wissenschaftliche Konkurrenz auszuschreiben, hat folgende Preisaufgabe aufgestellt:

> **In welchem Umfange hat das römische und das kanonische Recht das norwegische beeinflußt?**

Wahrscheinlich wird es dem einzelnen Forscher nicht möglich sein, diese Frage in ihrem ganzen Umfange in einer bestimmten Frist zu beantworten; es wird deshalb gestattet, einen einzelnen größeren Zeitabschnitt (z. B. die Zeit bis auf das Gesetzbuch des Königs Christian V.) oder auch einen einzelnen oder mehrere Zweige des Rechtssystems auszuwählen, ja sogar die Untersuchung durch beide Gesichtspunkte zu begrenzen.

Die Beantwortungen sind an die juristische Fakultät bis zum 31. Dezember 1923 einzusenden, gedruckt oder in leicht lesbarer Maschinenschrift (wenigstens drei Kopien), entweder in einer der nordischen Sprachen oder in englischer, französischer oder deutscher Sprache abgefaßt.

Sie dürfen nicht mit Namensunterschrift versehen sein, sondern sind durch ein Motto zu kennzeichnen, das auf ein verschlossenes, den Namen des Verfassers enthaltendes Couvert hinweist, das nur geöffnet wird, wenn dem Verfasser der ganze Preis oder ein Teil davon zugeteilt wird.

Das Urteil über die Beantwortungen wird entweder von der juristischen Fakultät oder von einem Komité gefällt, das auf Vorschlag der juristischen Fakultät durch den akademischen Senat eingesetzt wird.

Der Preis beträgt 5000 (norwegische) Kronen; er wird nur verliehen, wenn eine Arbeit der Belohnung würdig befunden wird; er kann geteilt werden, wenn mehrere Abhandlungen für des Preises würdig gehalten werden.

Die Konkurrenz steht allen offen ohne Rücksicht auf die Nationalität.

Christiania, im Mai 1921.

Juristische Fakultät der königlichen Friedrichs-Universität.
Jon Skeie, Decanus.



